

Marcelo Schmitt Gamba

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A CRISE DO PODER
JUDICIÁRIO: UMA LEITURA CRÍTICA A PARTIR DE
RICHARD A. POSNER**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre
Morais da Rosa

Florianópolis
2012

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária
da
Universidade Federal de Santa Catarina

G187a Gamba, Marcelo Schmitt

A análise econômica do direito e a crise do poder judiciário [dissertação] : uma leitura crítica a partir de Richard A. Posner / Marcelo Schmitt Gamba ; orientador Alexandre Moraes da Rosa. - Florianópolis, SC, 2012.
153 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Posner, Richard A. - Crítica e interpretação. 2. Direito - Aspectos econômicos. 3. Poder judiciário. 4. Eficiência organizacional. I. Rosa, Alexandre Moraes da. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina e ao Programa de Pós-Graduação em Direito.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela concessão da bolsa auxílio, ainda que, apenas, no primeiro ano de mestrado.

Agradeço, ainda, ao Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa, pela disposição e empenho na orientação deste trabalho.

RESUMO

O Poder Judiciário passou por grandes transformações na sua evolução histórica. Com o declínio do Estado de Bem-Estar Social houve um aprofundamento da crise do Poder Judiciário. A partir disto, ganha relevo a análise econômica do direito, que é um movimento baseado em uma herança cultural provinda do realismo jurídico, que tem como um de seus principais expoentes Richard A. Posner. Este movimento oferece ao direito um instrumental teórico de matrizes econômicas, para que se possa analisar o comportamento humano da forma mais eficiente possível. Portanto, através do método de abordagem indutivo, e com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, este trabalho da área de concentração da teoria, filosofia e história do direito e da linha de pesquisa do conhecimento crítico, objetiva analisar a influência da análise econômica do direito nos processos de transformação e implementação da eficiência no sistema jurídico brasileiro. Tal processo se deu com as chamadas reformas administrativas e do Poder Judiciário, em especial com as Emendas Constitucionais números 19 de 1998 e 45 de 2004. Os exemplos de transformação do direito para um referencial teórico econômico efficientista não se limitam a essas duas emendas constitucionais, porém, estas têm especial destaque no giro hermenêutico empreendido. Com todo o exposto, o intuito final é dar conta das motivações e consequências das transformações efficientistas, pelas quais passa o Poder Judiciário e sua função jurisdicional.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Reforma do Poder Judiciário. Eficiência.

ABSTRACT

The Judiciary has undergone changes in its historical development. With the decline of the Welfare State was an increasing crisis of the Judiciary. From this it becomes important to economic analysis of law, which is a movement based on a cultural heritage coming from the legal realism, which has as one of its main exponents Richard A. Posner. This movement to the right offers a theoretical economic matrix, to be able to analyze human behavior as efficiently as possible. Therefore, by the method of inductive approach and using the technique as bibliographical and documentary research. This work area of the theory, philosophy and history of law; and the critical knowledge line of research, objective analyze the influence of economic analysis of law in processing and implementation of efficiency in the Brazilian legal system. This process occurred with the administrative and Judiciary reforms, in particular with the Constitutional Amendments numbers 19 of 1998 and 45 of 2004. Examples of transformation of the right to a theoretical economic efficientist not limited to these two constitutional amendments, but these have a special focus on turning hermeneutical undertaken. With all the above, the ultimate aim is to account for the motivations and consequences of efficientist transformation undergone by the Judiciary and his function.

Keywords: Economic Analysis of Law. Reform of the Judiciary. Efficiency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM RICHARD A. POSNER	17
2.1 O SURGIMENTO DO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	17
2.2 A PROPOSTA DE RICHARD A. POSNER	24
2.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO COM BASE NA TEORIA DE RICHARD A. POSNER	40
3 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO	51
3.1 ANTECEDENTES À REFORMA: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	56
3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19 DE 1988: A REFORMA GERENCIAL.....	68
3.3 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO: A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004	79
4 A INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO	87
4.1 O DISCURSO NÃO OFICIAL	87
4.1.1 Verticalização e Independência do Poder Judiciário	92
4.1.2 Eficiência administrativa da justiça	92
4.2 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO E A LICENÇA PARA INTERPRETAR: PORTAS ABERTAS PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	102
4.3 LIVRE MERCADO E REFORMA DO JUDICIÁRIO: EFICIÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
REFERÊNCIAS.....	147

1 INTRODUÇÃO

A evolução do Poder Judiciário, em especial nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, não se deu conjuntamente com a evolução social, o que acarretou enormes problemas na relação entre o Estado e o cidadão. Questionado pelos múltiplos vetores da transformação ocorrida pela passagem do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar, o Judiciário parece perplexo diante do caminho a ser trilhado. Não é possível voltar ao padrão de funcionamento que o caracteriza no modelo liberal, mas ao entrar em movimento não parece saber o que exatamente deve mudar para adequar-se aos novos tempos.

Nesse sentido, a sociedade jurídica tem se mobilizado buscando novas concepções jurídicas que possam ser aplicadas na sociedade contemporânea. Tais buscas concentram-se na reformulação da função e da maneira de agir do Poder Judiciário e o estudo de seu verdadeiro papel dentro de um Estado Democrático de Direito. A partir disto, ganha relevo a análise econômica do direito que vem servindo de base para a tomada de ações no Poder Judiciário, o que tem influenciado todo o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, com a especial implementação da eficiência.

É, justamente nesse ponto, que se pretende desenvolver a presente dissertação, ou seja, analisar a amplitude da crise presente no Estado atualmente, e demonstrar, através dos processos de reforma implementados no Poder Judiciário, a influência do movimento da Análise Econômica do Direito nos processos de implementação da eficiência no sistema jurídico brasileiro.

Para tanto, será adotado como método de abordagem o indutivo. Assim, com o método de procedimento monográfico e, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica e de análise documental, o intuito final é explicitar as motivações e consequências das transformações efficientistas, pelas quais passam o Poder Judiciário e sua função jurisdicional.

O primeiro capítulo dará conta do movimento da Análise Econômica do Direito. Este movimento surgiu na tradição jurídica do common law e caracteriza-se como uma tentativa de análise do comportamento humano por meio de matrizes econômicas. Assim, ele visa oferecer ao direito um instrumental teórico, a fim de que se possa analisar o comportamento humano e suas consequências futuras. Ocorre que, tal instrumental possui como único parâmetro de ação aqueles determinados pela economia e seus precursores neoliberais, que são, em termos gerais, eficiência e maximização da riqueza.

Porém, a Análise Econômica do Direito não se trata de um movimento homogêneo, mas sim, é composto por diversas correntes. Logo, o primeiro item deste capítulo abordará o histórico deste movimento, indicando suas teorias de base e distinguindo seus principais precursores com a indicação de suas premissas em comum.

A partir da compreensão do movimento da Análise Econômica do Direito, pode-se, então, definir qual de suas correntes servirá de base para o prosseguimento dos estudos. Nesse sentido, considerando a Escola de Chicago, com a microeconomia neoclássica, como a teoria econômica que prevalece e que é a grande responsável pela guinada da AED e, sabendo-se que a teoria econômica neoclássica é a teoria que serviu de guia para o neoliberalismo. Será tratado, no segundo item deste primeiro capítulo, a doutrina desenvolvida por um dos maiores expoentes da Análise Econômica do Direito, ligado à Escola de Chicago: Richard A. Posner.

Com efeito, foi com Richard A. Posner que a Análise Econômica do Direito ganhou a amplitude que tem atualmente. Seus estudos foram os mais completos e os que a academia brasileira tem tido maior contato nos últimos anos, com uma forte onda de traduções e publicações. Portanto, para que se desenvolva o estudo da crise do Poder Judiciário e a influência da Análise Econômica do Direito nos processos de Reforma, deve-se ter muito claro qual o Papel do Poder Judiciário para Richard A. Posner.

Assim, após a delimitação da abordagem teórica naquela desenvolvida por Richard A. Posner, no terceiro item do primeiro capítulo, identificar-se-á o que este autor apresenta como papel do Poder Judiciário. Tal estudo será fundamental para que se compreenda em que consiste o papel do Judiciário na Análise Econômica do Direito. Isso poderá servir para comparar com o Judiciário brasileiro e auxiliará no entendimento das influências que este movimento estabeleceu nas Reformas do Poder Judiciário.

E é justamente este o foco do estudo no segundo capítulo. Após compreender a evolução histórica da Análise Econômica do Direito, com a delimitação da abordagem teórica naquela desenvolvida por Richard A. Posner e sua compreensão do papel do Poder Judiciário, a presente dissertação analisará a transformação deste Poder no Estado brasileiro. O objetivo principal deste capítulo é demonstrar as peculiaridades do Poder Judiciário no Estado brasileiro, a fim de identificar seus problemas e seu estágio atual.

Para tanto, no primeiro item deste segundo capítulo merecerá destaque o Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988. Com isso,

se demonstrará como ocorreu a constitucionalização de alguns direitos e do próprio Poder Judiciário, quando da redemocratização.

No segundo item, ainda que não diretamente ligada ao Poder Judiciário, mas, em razão da sua importância e influência exercida sobre toda a administração pública nacional, será analisada a Emenda Constitucional n. 19 de 1998. Essa será estudada, especialmente para que se identifique em que consistiu a reforma gerencial do Estado brasileiro, visando demonstrar o caminho percorrido para a implementação da eficiência na administração pública brasileira.

Posteriormente, no último item do segundo capítulo, o foco do estudo será a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Nesse ponto buscar-se-á identificar as transformações proporcionadas por esta reforma, especialmente no que tange à eficiência no âmbito do Poder Judiciário. Ainda que em caráter descritivo, tal identificação será essencial para a compreensão do presente trabalho, uma vez que auxiliará para, no terceiro capítulo, identificar as influências e intuítos das reformas empreendidas.

A partir do terceiro capítulo, a presente dissertação abordará, especificamente, as influências e motivações da implementação da eficiência no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, o primeiro item demonstrará a existência de fontes influenciadoras dos processos reformistas e identificará a influência de forças externas ao Estado nacional em sua transformação. Dar-se-á maior destaque ao Banco Mundial e o Documento Técnico n. 319, que serviu de grande guia para o processo reformador do Judiciário.

Com a percepção da existência dessas forças externas, no segundo item do terceiro capítulo o estudo será desenvolvido, a fim de demonstrar a transformação hermenêutica que o Direito passou nos últimos anos, ou seja, a instrumentalização do direito. De fato, tal ocorrência não se deu, como se buscará demonstrar, por acaso. Há por trás desse giro hermenêutico, forças e desejos nem sempre claros.

A identificação do giro hermenêutico empreendido e da busca por uma nova hermenêutica para a atuação do Poder Judiciário, será de fundamental importância para que se busque, posteriormente, identificar qual o novo paradigma de atuação dos juristas e em que medida ele é capaz de ser, definitivamente, um transformador e solucionador da crise do Poder Judiciário.

Por fim, o último item do terceiro capítulo analisará as consequências e resultados transformadores do Poder Judiciário, enquanto estrutura aplicadora do direito, a partir da implementação da eficiência no bojo de sua estrutura. Assim, buscar-se-á identificar em

que medida a eficiência, tão propalada e defendida pela Análise Econômica do Direito vem sendo, de fato, incorporada ao Poder Judiciário e ao sistema de justiça em geral, e quais as suas consequências.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM RICHARD A. POSNER

2.1 O SURGIMENTO DO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como *Law and Economics* é um movimento que surgiu nos Estados Unidos da América. Alguns indicam o surgimento da AED apenas com a teoria econômica neoclássica. Porém, muitos autores destacam seus primeiros passos ainda lá na teoria econômica clássica, com Adam Smith e, posteriormente, influenciada pelo utilitarismo de Jeremy Bentham e realismo jurídico de Oliver Holmes.

No início, com Adam Smith, o estudo tinha como objeto a análise das leis que regulavam os mercados, ou seja, as normas que se ligavam diretamente com a atividade da economia propriamente dita. Entretanto, com Jeremy Bentham, a AED se transformou, ampliando seu objeto de estudo para todas as regras que regulam o comportamento, e não exclusivamente àquelas ligadas à economia diretamente.¹ Tal diferença presente no percurso histórico do movimento AED, nada mais foi, em verdade, do que a transformação ocasionada pela evolução e aprimoramentos dos estudos da economia e outras teorias filosóficas, como utilitarismo e realismo.

Assim, acompanhando a grande maioria dos autores, pode-se indicar o ano de 1776, ano em que Adam Smith publica *A riqueza das nações*, como o marco inicial da Análise Econômica do Direito, uma vez que é também indicado como o marco inicial da ciência econômica, que, nesse momento, era guiada pelas bases da teoria econômica clássica.

Posteriormente à obra de Smith, destaca-se como outro marco transformador da evolução do movimento AED, os estudos empreendidos por Jeremy Bentham com sua teoria de maximização do bem-estar.² Em verdade, o grande estímulo intelectual de Jeremy

¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações.** In Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n. 29. Jul/Dez 2006.

² Muitos críticos da Análise Econômica do Direito afirmam que ela desvirtuou a teoria de Jeremy Bentham, uma vez que desvirtua os valores éticos substituindo-os por soluções baseadas na utilidade.

Bentham era guiado pelo embate à teoria transcendental e metafísica de William Blackstone. Bentham buscava,

[...] desacreditar dogmas tradicionais e se tornou conhecido por sua aversão a grupos teológicos e metafísicos de pensamento. [...]. Bentham definiu um objetivo legislativo e tentou que o mesmo prevalecesse na política. Seu modelo comportamental era claramente hedonista: “A natureza colocou a humanidade sob a governança de dois mestres soberanos, dor e prazer”. Uma vez que a “utilidade” tinha sido determinada sobre esse fundamento, era tarefa do legislador maximizá-la: “... a felicidade dos indivíduos, pelos quais a comunidade é composta... é o fim e o único fim que o legislador deve ter em sua visão”.³

Com base nessa perspectiva trazida por Jeremy Bentham, passou-se a compreender que o direito, por meio de seus operadores, deveria ser guiado a fim de alcançar a maior utilidade possível. Assim, o sistema jurídico e o direito deveriam estar sempre sujeitos a uma constante transformação utilitarista. Dessa forma, para Bentham, as normas jurídicas deveriam buscar, sempre, a maior felicidade possível para o maior número de pessoas.⁴

³ GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão**. Trad. Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. In SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**. Textos Escolhidos. São Paulo: Saraiva, p. 352.

⁴ GRECHENIG, K.; GELTER, M. In SALAMA, B. M. (Org.), 2010, p. 355: “Bentham acreditava que a felicidade era homogênea, independentemente de indivíduos e poderia ser comparada e medida em uma escala cardinal. A ideia de medição cardinal de utilidade manteve sua influência dos trabalhos de Bentham passando por Arthur Cecil Pigou e continuou até as comparações ordinais de utilidade, o que caracterizou o movimento de Direito e Economia. O fator mais decisivo foi a convicção que estimativas sobre a utilidade individual são uma melhor aproximação do que qualquer alternativa, o que é compartilhado entre utilitaristas e a análise econômica do direito. Em muitos casos, a implementação prática dessa ideia significava que a utilidade deveria ser transformada em valor monetário, o que é muitas vezes feito no Direito e Economia moderno e também pode ser encontrado em Bentham.”.

Posteriormente, com o aprofundamento dos estudos na teoria utilitarista desenvolvida por Bentham, começa a ganhar corpo uma nova teoria, o realismo jurídico. Com fortes raízes no utilitarismo de Bentham – especialmente na análise das consequências das normas jurídicas –, o realismo jurídico, que tinha como um de seus principais precursores Oliver Wendell Holmes, surgiu nos anos 20 com o objetivo de combater o pensamento jurídico clássico norte-americano⁵. Suas críticas baseavam-se em três características principais: conceptualismo e cientificismo; natureza estática do direito; separação entre direito e vida, na qual direito era tido como uma ciência geométrica exata.⁶

Nesse sentido, Holmes defendia uma concepção pragmática de direito, ou seja, “Não existem entidades conceituais; o significado de

⁵ O pensamento jurídico clássico Norte-Americano, com fortes raízes no liberalismo clássico, tinha Christopher Columbus Langdell e Savigny, como seus principais precursores. Defendia a ideia de existência de uma ciência do direito, ou seja, da pureza do direito e de sua autonomia.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2005, p.62/63: “No decorrer do pensamento jurídico do século XX, em diversos momentos, houve teóricos do Direito que buscaram captar o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideais de justiça nos quais se inspiram os homens, ou dizem inspirar-se, ou ainda nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas sim na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam. Seguindo a terminologia adotada, poderíamos dizer que estes movimentos, dentre os vários aspectos pelos quais apresentam o fenômeno jurídico, colocaram em relevo a eficácia, mais do que a justiça ou a validade. Travam uma batalha em duas frentes: contra o jusnaturalismo, que teria uma concepção *ideal* do direito, e contra o positivismo em sentido estrito, que tem uma concepção *formal* do direito. Em antítese ao primeiro, estas correntes podem ser chamadas *realistas* e ao segundo, *conteudísticas*, no sentido em que não veem o direito como deve ser, mas como efetivamente é, e nem o entendem como complexo de normas válidas, mas como normas efetivamente aplicadas em uma determinada sociedade. Segundo o ponto de vista por eles defendido, pecam por abstração tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas, os primeiros porque substituem o direito real pela aspiração à justiça, os segundos porque o substituem pelas regras impostas e formalmente válidas, que frequentemente são pura forma vazia de conteúdo. Os positivistas veem apenas o contraste existente entre direito válido e direito justo. Os sequazes destas correntes veem também um contraste entre direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último o direito em sua concretude, único objeto passível de pesquisa por parte dos juristas que não pretendem perder tempo com fantasmas vazios.”.

uma ideia não está em sua definição, sua forma, sua relação com outras ideias, está, antes, em suas consequências para o mundo dos fatos.”⁷ Logo, a concepção de direito em Holmes era aquela do juiz como aplicador da lei e também do juiz como criador da lei. Assim, o direito era a atividade de pessoas autorizadas e, não, um simples conjunto de conceitos pré-existentes.⁸

Através deste combate ao pensamento jurídico clássico, o realismo jurídico buscava também, ainda que de forma disfarçada, combater o *laissez-faire* daquela fase, que atuava sobre um paradigma de pureza do direito.⁹ E, para isso, os realistas jurídicos,

[...] rejeitavam a ideia de que o direito pudesse ser autóctono, uma ciência livre de julgamento, que permitisse a obtenção de soluções pré-determinadas para todos os casos possíveis através de métodos objetivos (tal como analogias) dentro de um sistema fechado. Ao mesmo tempo, eles rejeitavam qualquer jurisprudência conceitual que tentasse chegar a uma solução concreta partindo de proposições abstratas.¹⁰

Assim, rejeitando a pureza e autossuficiência do direito, o realismo jurídico foi revolucionário, na medida em que “[...] foi sua exigência de que todos os formuladores de políticas públicas, incluindo juízes, deveriam levar as ciências sociais em consideração ao realizar julgamentos, dentre as quais a economia.”¹¹

⁷ POSNER, Richard. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (b), p. 23

⁸ POSNER, R., 2007 (b), p. 18/19: “Os juízes empregam sua discricionariedade para alterar regras, e essa discricionariedade não é ‘baseada em princípio’, ainda que possa ser demarcada por eles. Na verdade, falar em ‘empregar discricionariedade’ talvez seja muita pretensão. Os juízes alteram regras, ponto final. Ao fim e ao cabo, o direito é aquilo que os juízes fazem com os casos que lhes caem em mãos.”

⁹ GRECHENIG, K.; GELTER, M. In SALAMA, B. M. (Org.), 2010, p. 341: “Isto resultava no tipo de formalismo que Roscoe Pound criticaria como ‘jurisprudência mecânica’. Neil Duxbury descreveu o típico artigo de law review de sua época como “seco, técnico, doutrinário e muitas vezes limitadamente focado”.”

¹⁰ GRECHENIG, K.; GELTER, M. In SALAMA, B. M. (Org.), 2010, p. 346

¹¹ GRECHENIG, K.; GELTER, M. In SALAMA, B. M. (Org.), 2010, p. 349

A partir dessas críticas, os *dissents*¹² transformaram, pouco a pouco, o sistema jurídico norte-americano, difundindo em todo o sistema as bases do realismo jurídico e desbancado, de uma vez por todas, o pensamento jurídico clássico. Isso, fez com que espaços anteriormente ocupados pelo pensamento jurídico clássico ficassem vazios, abrindo caminho para o desenvolvimento de novas teorias.¹³

A transformação que o realismo jurídico implementou, modificou completamente a forma de analisar o direito. Isso porque, com o pensamento jurídico clássico, o direito era visto a partir dele mesmo e para ele, não levando em consideração nenhuma dependência ou ligação com outros sistemas sociais. Porém, com o realismo jurídico, a noção de direito como um fim em si mesmo passa a ser questionada, e passa-se a focalizá-lo a partir de um ponto de vista externo, verificando as influências e dependências de sua formação dentro da sociedade e para fora do sistema jurídico.¹⁴

Assim, a partir da ideia de que o direito seria um meio para atingir objetivos específicos e, portanto, que não era um valor em si mesmo, o realismo jurídico desacreditou o positivismo jurídico e fez surgir, nos Estados Unidos da América, a busca pela interdisciplinaridade no direito.

É interessante destacar que este caminho segue percurso diferenciado daquele ocorrido em diversos outros países, especialmente aqueles de tradição de *civil law*, que ao invés do que ocorreu na América do Norte, buscou no aprofundamento da independência e pureza do direito a resposta das problemáticas e críticas que surgiram.

[...] pode ser considerada como descendente do Realismo Jurídico, na medida em que deduções lógicas de dentro do sistema jurídico são consideradas normativamente indesejáveis.

¹² Termo com que eram conhecidos os opositores ao pensamento jurídico clássico e adeptos do realismo jurídico.

¹³ GRECHENIG, K.; GELTER, M. *In* SALAMA, B. M. (Org.), 2010, p. 339: “Ao desconstruir o pensamento jurídico clássico nos Estados Unidos, o Realismo Jurídico criou um vácuo na academia jurídica e na jurisprudência que seria preenchido por uma discussão sobre política. Nas décadas que se seguiram, o movimento de Direito e Economia pode começar um trabalho de reconstrução para desenvolver novos princípios e critérios de decisão. Ao fazer isto, ele atingiu uma hegemonia vis-à-vis outros movimentos.”

¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**. Textos Escolhidos. São Paulo, Saraiva, 396 p.

Admitidamente, teorias normativas (como instrumento de políticas jurídicas) mantiveram uma posição subordinada no Realismo Jurídico. Entretanto, o Realismo Jurídico tornou inevitável a renúncia do doutrinalismo puro como a única ferramenta do jurista, em última medida exigindo o desenvolvimento de um programa normativo para suplementar e substituir a indeterminação da interpretação.¹⁵

Com o desenvolvimento intelectual percorrido, a fim de buscar preencher alguns espaços ainda vazios, a aproximação interdisciplinar entre direito e economia foi ganhando corpo para, alcançar, de fato, o patamar de uma nova disciplina de estudo.

Tal aproximação do direito com a economia, em que pese os diversos estudos que já haviam sido realizados, só foi compreendido como disciplina própria, a partir dos anos de 1930. De fato, antes desta fase, o direito e economia era ainda embrionário. Porém, a partir da década de 30, especialmente influenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, o direito e economia começou a ganhar corpo como disciplina própria.

Isso não se deu de uma hora para outra. Importantes fatores no desenvolvimento do sistema econômico e jurídico Norte-Americano, bem como nas transformações acadêmicas da própria Universidade de Chicago influenciaram para que este centro acadêmico se tornasse, naquele momento, o marco do estudo da *law & economics*. Dentre tais fatores, merece destaque a entrada do economista Henry Simons na Faculdade de Direito dessa universidade. Foi com a sua chegada, e seu encontro, naquela universidade, com Aaron Director¹⁶ que teve início e impulso os estudos focados, nesta nova e reconhecida área, Direito e Economia.

Ocorre que, nesse princípio da Análise Econômica do Direito, o objeto de estudo concentrava-se, basicamente, em áreas de clara interconexão, como: direito comercial, direito antitruste, direito tributário e direito da regulação.

¹⁵ GRECHENIG, K.; GELTER, M. In SALAMA, B. M. (Org.), 2010, p. 350

¹⁶ Aaron Director, foi um dos primeiros nomes na matéria, lecionava a disciplina Economic Analysis and public policy. (primeiro a tentar um programa que relacionasse as duas disciplinas). Em 1958 fundou o Journal of Law and Economics. , apesar de não ser um grande intelectual, foi o primeiro diretor do *Journal of Law and Economics*

Apenas posteriormente, com o desenvolvimento dos estudos, em especial a partir da década de 60, a AED atinge um ponto de desenvolvimento, no qual, o estudo apenas em áreas de clara interconexão já não era o bastante. Assim, se passa a ter como objeto de estudo áreas que não estavam vinculadas diretamente com a economia, como: responsabilidade civil, direito penal, entre outros.

Isso abre caminho para a “nova” escola, com a teoria de Ronald Coase, especialmente a partir de 1961, quando da publicação de seu artigo *The problem of social costs*, publicado no *Journal of Law and Economics*. Foi a partir de Coase que muitas das premissas teóricas do movimento AED ganharam força e destaque no meio acadêmico, passando a ser estudadas e reconhecidas por intelectuais, tanto da economia quanto do direito.

De fato, a transformação que Coase trouxe para o movimento foi inédita e revolucionária. Ele defendia, basicamente, que as normas de direito deveriam ser estruturadas de modo a facilitar o funcionamento do mercado. Para ele, os atores do direito não se subsumiam as normas passivamente, mas, deveriam agir estrategicamente com o fim de maximizar o bem-estar.¹⁷

Apesar da evolução do raciocínio desenvolvido por Coase, muitas questões ainda ficavam sem respostas, e existia grande dificuldade em qualificar o que seria este agir estratégico, bem como, o que seria a maximização do bem-estar. Em razão disso, as transformações teóricas continuaram tendo seguimento, e, nos anos 70, dá-se mais um salto acadêmico. Desta vez, guiado por intelectuais como Gary Becker, Richard A. Posner e Guido Calabresi, que passaram a influenciar grande parte da doutrina e do sistema jurídico norte americano e, futuramente, mundial.

Fator de extrema importância, no estudo da Análise Econômica do Direito, é que não se trata de um movimento de pensamento uniforme, ou seja, existem diversas “correntes” que apresentam diferenças teóricas nem sempre muito claras. Assim, o que se tem em comum é que, a AED busca solucionar as controvérsias jurídicas sopesando custos e benefícios, com base em premissas econômicas. Nesse sentido, pode-se concluir então que a AED gira em torno da noção de eficiência, ao considerar que as normas jurídicas não têm um fim em si, mas devem ser entendidas como intentos institucionais de

¹⁷ FRAZONI, Luigi Alberto. **Introduzione all'economia del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2003. 234 p.

melhorias sociais, ou, em termos econômicos, de maximização do bem-estar.¹⁸

A partir deste panorama pode-se partir para um estudo mais aprofundado da AED, agora especificamente com base na teoria de um de seus maiores precursores, Richard A. Posner. O que será desenvolvido a seguir, e possibilitará compreender as principais premissas desse movimento, especificamente aquela ligada à Escola de Chicago que tem em Posner, atualmente, seu maior expoente.

2.2 A PROPOSTA DE RICHARD A. POSNER

Para que se possa compreender, sem equívocos, a Análise Econômica do Direito desenvolvida por Richard A. Posner¹⁹ deve-se, inicialmente, compreender o que este autor entende por direito. Após o que, então, poderemos adentrar no estudo dos métodos de análise do direito, chegando, por fim, a AED como método de aplicação do direito.

Inicialmente, a grande questão discutida por Posner é se o direito é ontológico – extrínseco -, ou se ele é a simples vontade das forças dominantes.

Segundo Posner, Trasímaco afirmava que o direito deve ser a tradução das vontades das forças dominantes da sociedade. Assim, direito poderia ser traduzido como “poder”, uma vez que não seria nada

¹⁸ KLUGER, V. 2006, 302 p.

¹⁹ Como já se destacou este movimento é composto por várias correntes. A partir deste momento, quando se falar em Análise Econômica do Direito, estar-se-á referindo a sua corrente doutrinária desenvolvida por Richard A. Posner. Entretanto, para a real compreensão deste estudo é importante ter em mente que o desenvolvimento teórico de Posner possui uma clara descontinuidade. Inicialmente com a obra *El Análisis Económico del Derecho*, editada pela primeira vez em 1973 (em inglês), Posner buscou sistematizar o ordenamento jurídico a partir de uma análise microeconômica, buscando a eficiência como critério comum. Posteriormente, em sua obra *A economia da justiça*, editada pela primeira vez em 1981 (em inglês), o autor vai além e defende a eficiência (maximização de riqueza) como fundamento ético do direito. Entretanto, com sua obra *Problemas da filosofia do direito*, editada pela primeira vez em 1990 (em inglês), ele abandonou a defesa da maximização de riqueza como único critério ético do direito, colocando-o com diversos outros critérios valorativos. A partir daí Posner passou a se aproximar cada vez mais do pragmatismo jurídico.

mais que a expressão da vontade daquelas forças dominantes da sociedade.²⁰

Em sentido contrário, está o conceito de direito em Sócrates.²¹ Para este, o direito era algo a ser descoberto, e não criado pelo homem. Logo, não poderia ser traduzido como poder, uma vez que seria pré-existente ao próprio homem. Foi com base nesta idéia ontológica do direito que se deu toda a formação jurídica ocidental, que, com o pensamento de Sócrates, traduzido nas obras de Platão, restou à herança de que o direito era pré-existente e deveria ser descoberto e não criado.

Assim, com o desenvolvimento jurídico, o direito concretizou-se como essa razão, que não poderia vir da simples vontade do homem, pois, não era uma razão simples, de senso comum, mas uma razão especial. A partir disso, passou-se a uma nova problemática: se o direito é pré-existente, devendo o homem descobri-lo, quem seria o responsável por dizer o que era direito?

Para responder a este questionamento, diversos estudiosos passaram a tentar responder a fonte primária do direito e quem seria aquele indivíduo, com razão especial, capaz de decifrar e dizer aos comuns o que é o direito.

Foi a partir dessas discussões, em busca de quem seria o responsável por dizer o direito que, depois de séculos de evolução, passaram a surgir as diferenças entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, bem como, passaram a se clarificar as diferenças entre o *common law* e o *civil law*. Assim, pode-se dizer que, apesar de Posner entender que tanto jusnaturalistas quanto os positivistas jurídicos podem

²⁰ POSNER, R., 2007 (b), p. 14: “O conceito cívico ou político é expresso por Trasímaco: “Quando se raciocina corretamente, termina-se por concordar que o justo [*dikaion*] é a mesma coisa em toda parte – tudo aquilo que concorre para o proveito ou a vantagem [*symphéron*] dos mais poderosos [*kreíttonos*].” Se tudo que Trasímaco quisesse dizer fosse que a lei deve curvar-se aos caprichos dos que detêm o poder, estaria descrevendo não um conceito de direito, mas a mera ausência de leis. Em minha opinião, porém, o que ele quis dizer foi que o direito é, e por implicação deve ser, a expressão dos valores dos grupos dominantes na sociedade. Ele estava defendendo a forma intransigente de positivismo jurídico que ensina que o direito público origina o direito jurídico, e que nada mais é capaz de criá-lo. Contra isso, Sócrates propôs uma concepção de justiça como algo que o homem não cria, mas descobre – que tem uma existência literalmente extrínseca a ele, no Céu das Formas.”.

²¹ Interessante ver a discussão travada entre Trasímaco e Sócrates no Primeiro Livro de “A República” de Platão.

ser considerados formalistas,²² existe distinção entre essas duas correntes que foram de tamanha expressão, a ponto de ser tema, durante muitas décadas, na teoria do direito.

Nesse ponto, pode-se traçar um primeiro ponto entre a divisão do *common law*, com uma maior discricionariedade aos juízes, e o *civil law*, no qual o poder soberano não está nas mãos dos juízes e esses são, em grande medida, a boca da lei, e não a expressão direta do que seria o direito.

A partir disso, diversas teorias surgiram com intuito de demonstrarem, comparativamente, qual dos dois sistemas se tratava daquele mais completo, ou melhor, qual deles corresponderia à verdadeira expressão do que é o direito e de quem seria a responsabilidade de dizê-lo. Dentre elas, destaca-se Blackstone, que buscou introduzir um caráter metafísico à atividade do juiz no *common law*. Isso porque, passou a atribuir aos juízes, não o simples caráter de criadores da lei, mas de verdadeiros intérpretes da vontade divina, e, assim considerados, seriam como oráculos que descobriam o direito já existente. Portanto, Blackstone, a fim de justificar o poder de dizer o direito dos juízes, atribuía pretensões transcendentais ao *common law*.²³

Por outro lado, a fim de desconstituir as pretensões transcendentais de Blackstone, Jeremy Bentham defendeu que o aparato conceitual do *common law* consistia em ficções evidentes e desprezíveis. O direito não havia nada de transcendental e divino, mas era sim criação

²² POSNER, R. 2007 (b), p. 54: “O formalismo se apresenta tanto na variedade do direito natural quanto na do positivismo jurídico. Para ser um formalista, o único pré-requisito é ter uma suprema confiança nas próprias premissas e nos próprios métodos de extrair conclusões delas. O formalista do direito natural não tem dúvidas sobre os princípios de justiça e a capacidade da lógica de fazer derivar resultados de casos específicos daquelas premissas; o formalista do direito positivo está convencido de que o direito consiste apenas nas ordens legislativas, ou em outros comandos oficiais que, cuidadosamente interpretados, produzem resultados demonstravelmente corretos em todos os casos. Qualquer dessas abordagens poupa o advogado ou o juiz de um difícil confronto com a realidade empírica. Não existem apenas formalistas do direito natural e formalistas do direito positivo, mas também realistas do direito natural e realistas do direito positivo. Em sua maioria, porém, os jusnaturalistas são formalistas; e, enquanto a maioria dos positivistas jurídicos é formada por realistas, existem muitos formalistas do direito positivo. Pode-se apostar, com segurança, que a maioria dos profissionais do direito é constituída por formalistas.”.

²³ POSNER, R., 2007 (b), 627 p.

das autoridades políticas da época.²⁴ Para Bentham o direito seria, assim, um instrumento “[...] humano prático cuja finalidade fosse a consumação de objetivos sociais bem definidos”²⁵. Tinha, portanto, como já se debateu anteriormente, uma concepção utilitarista do direito, afastando-o da retórica e do simples tradicionalismo.

Seguindo a ideia utilitarista de Jeremy Bentham, reforçada pelos avanços do realismo jurídico de Oliver Holmes, e baseado em um claro sistema de *common law*, Richard A. Posner coloca o direito como o meio adaptado a um fim. Isto é, a decisão conforme o caso com base no melhor aproveitamento do direito se utilizando, para tanto, da Análise Econômica do Direito, aplicando assim o que chama de pragmatismo.

O direito tem seu olhar voltado para o futuro. Isso fica implícito em um conceito instrumental das leis – que é o conceito pragmático do direito, o direito como servo das necessidades humanas. ‘O principal não é a origem, mas o fim. Não pode haver sabedoria na escolha de um caminho, a menos que saibamos onde ele vai dar. (...) A norma que funciona bem produz uma escritura de posse do reconhecimento. (...) O princípio último da seleção dos juízes (...) é o da adequação a um fim’.²⁶

Não é necessário saber ou provar que o direito provém de alguma fonte autorizada, seja de Deus, seja da ciência, sendo que até a própria existência de regras, premissas, pré-determinadas podem ser questionadas. Isso porque, o direito deve ser o meio para que se atinja determinado fim. E, tendo em vista que os fins a serem atingidos modificam com o passar do tempo, as regras, necessariamente deveriam modificar, e apresentarem sempre, exceções.

²⁴ POSNER, R., 2007 (b), p. 18/19: “Bentham, não apenas fez críticas penetrantes a regras e instituições jurídicas específicas (enquanto deixava, de propósito, de apreciar o que havia de forte no sistema do *common law*), mas difundiu uma versão do positivismo jurídico extremamente prejudicial às pretensões transcendentais de Blackstone. Mostrou que grande parte do aparato conceitual deste último consistia em ficções evidentes e desprezíveis. Não havia nada de ‘natural’, universal ou transcendental no direito, que era criação de autoridades políticas de espírito eminentemente prático – legisladores e, na época, sobretudo os juízes.”.

²⁵ POSNER, R., 2007 (b), p. 20.

²⁶ POSNER, R., 2007 (b), p. 41.

Portanto, o direito não precisa ser necessariamente, aquelas regras específicas existentes e válidas, pois, caberá ao juiz entender ser caso de seguir a lei ou seguir sua exceção. Logo a decisão e, portanto, o direito é o que o juiz entender, pois existe a possibilidade de aplicação da lei e também de sua exceção (que, importante se dizer, pode ser criada pelo próprio juiz).

Essa problemática, da aplicabilidade ou não das regras positivadas, não se dá simplesmente pela crítica ou entendimento de se o que o juiz faz também é direito. Se dá, também, pela crise lógica em que o direito tem imergido nos últimos tempos.²⁷

De fato, crescentemente as regras têm sido substituídas por padrões. A regra, muitas vezes, é uma segurança contra um lapso de memória que faça com que determinado padrão seja esquecido em determinado momento. Ocorre que, os padrões passaram a substituir as regras, tornando-se mais importantes que aquelas. Com efeito, isso tem transformado o sistema jurídico em um aparato de regras, muitas vezes descabidas, mas que, aplicadas com base em determinados parâmetros, são mantidas no ordenamento jurídico através de uma engenharia jurídica, sem causar o colapso total do sistema.²⁸

Com isso, o que passou a ocorrer foi o abandono do fato com relação à norma. Assim, o fato perdeu importância, e a regra tornou-se a premissa maior na aplicação lógica do sistema. Deixando-se de lado o fato, a análise da regra se torna primordial. Porém, como essa também não tem mais a capacidade de regular todas as possíveis ocorrências sociais, ganha relevo a atividade interpretativa, transformando o juiz em verdadeiro legislador. Assim, o aplicador passa a poder interpretar ou criar exceções e ajustes *ad hoc*, bastando que as aplique com base em determinados parâmetros.

Ficamos, assim, com o paradoxo de que uma questão jurídica pode ser ao mesmo tempo determinada e indeterminada: determinada porque uma regra clara dá-lhe tratamento, indeterminada porque o juiz não é obrigado a seguir a regra. Isso faz com que uma regra jurídica se assemelhe um

²⁷ POSNER, R., 2007 (b), p. 60: “Uma vez que o raciocínio silogístico desempenha um papel menos importante na determinação do resultado de uma disputa regida por um padrão do que aquele que desempenharia se o resultado fosse regido por uma regra, isso pode nos dar um indício do declínio claramente perceptível do formalismo jurídico.”.

²⁸ POSNER, R., 2007 (b), 627 p.

pouco a uma lei natural. Além do mais, sustenta o ponto de vista de Holmes de que o direito é, na verdade, apenas uma previsão daquilo que os juízes farão com um determinado conjunto de fatos, uma vez que as regras não obrigam os juízes a fazer coisa alguma.²⁹

Assim, com essa perda de poder das regras, passa-se a tomá-las realisticamente, ou seja, deixam de ser formas lógicas e totalmente verdadeiras. Nesse sentido, as regras somente serão mais vantajosas se o sistema jurídico tiver características que não as coloquem em contradição ou em desuso total, o que dificilmente é alcançado pelos sistemas legalistas.³⁰

Portanto, pode-se afirmar que, com base em Posner, levar as regras muito a sério pode ser prejudicial. Pois, como no caso de regras de um jogo, essas são guias. Porém, no caso do direito, ainda que paradoxalmente, as regras podem ser modificadas no meio do jogo, o que possibilita sua utilização ou não, da forma que melhor entender o juiz. Assim, os juízes podem, com certa moderação, mudar regras, especialmente no *common law* e no direito constitucional.³¹

A partir desta problemática, uma das possibilidades de resposta à crise normativa seria buscar a condução do direito com base no método

²⁹ POSNER, R., 2007 (b), p. 63.

³⁰ POSNER, R., 2007 (b), p. 64: “À medida que nos tornamos mais realistas em relação às regras, suas vantagens em comparação com os padrões começam a diminuir. As vantagens principais são a redução da discricionariedade oficial – a discricionariedade das autoridades que administram as regras, mas não a daqueles que as criam – e a redução da incerteza relativa aos direitos e deveres jurídicos. Essas vantagens dependem, porém, do fato de se poder contar com um número não muito elevado de regras simples, relativamente imutáveis e claras em seu enunciado e sua aplicação – ideais que um sistema de regras jurídicas raramente alcança. Além do mais, ainda que as regras sejam claras, podem ser tão numerosas que os indivíduos a elas submetidos não consigam assimilar seu conteúdo; sua clareza será então ilusória. Os padrões que apreendem as intuições dos leigos sobre o comportamento correto (o padrão sobre negligência, por exemplo) e que, por esse motivo, são de fácil assimilação podem produzir uma certeza jurídica superior àquela produzida por uma rede de regras precisas, porém técnicas e não intuitivas, que se apliquem ao mesmo contexto. Quase todos sabem que as regras legalistas são armadilhas para os incautos, um fato do qual muitos juízes têm consciência.”.

³¹ POSNER, R., 2007 (b), 627 p.

científico.³² Nesse sentido, é relevante destacar o pensamento de Karl Popper, para quem a marca de uma teoria científica é o fato de ser refutável e não o fato de ser confirmável. Ocorre que, conforme bem esclarece Posner,

[...] se concordarmos com Popper, para quem a marca de uma teoria científica é o fato de ser refutável, porém não confirmável [...], seremos levados à estranha conclusão de que toda teoria científica é conjectura e nenhuma indução é confiável.³³

Ocorre que, mesmo que Posner não seja adepto, por completo, das teorias de Popper, é importante destacar que Milton Friedman, um dos economistas de maior expressão da Universidade de Chicago, que influenciou muito no desenvolvimento teórico de Richard Posner, enquadrou a economia às teses de Karl Popper. Assim, com Friedman, a verdade deixou de ser objeto da economia, passando a sê-lo a previsão.³⁴

Entretanto, apesar da ciência econômica, com a aplicação da teoria da falibilidade de Popper, ser capaz de dar previsão e controle, isso não é obtido com o direito, política ou filosofia senão pelo uso da força.³⁵ Com isso, portanto, o que deve ser feito, é a construção de um edifício de raciocínio jurídico, ou seja, a construção de um método científico próprio para o direito.³⁶

³² POSNER, R., 2007 (b), 627 p.

³³ POSNER, R., 2007 (b), p. 89.

³⁴ FRIEDMAN, Milton. **The methodology of positive economics**. In HAUSMAN, Daniel. **The philosophy of Economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

³⁵ POSNER, R., 2007 (b), 627 p.

³⁶ POSNER, R., 2007 (b), p. 93: “O que falta ao direito são teorias profundas e rigorosas, hipóteses contra-intuitivas que sejam refutáveis, mas não refutadas (e que então se sustentem, pelo menos no nível especulativo), uma instrumentação precisa, um vocabulário exato, uma clara separação entre investigação positiva e normativa, quantificação dos dados, experiências controladas verossímeis, rigorosa inferência estatística, sub-produtos tecnológicos úteis, intervenções intensas com consequências mensuráveis e, acima de tudo e incluindo a maioria dos itens anteriores, hipóteses objetivamente testáveis e reiteradamente testadas. No direito existe o projeto ou a sombra do raciocínio científico, mas não o edifício.

Essa conclusão talvez pareça por ênfase excessiva no aspecto de observação da ciência. A ciência não é somente observação exata, mas também a busca da

A partir disso, o que se pode empreender é a criação de um método científico reescrito como a busca pelo respeito diante dos fatos, tentando encontrar, assim, a aplicação de uma teoria de matrizes científicas para o direito.³⁷ Com isso, o direito se reaproximaria dos fatos, que passariam a ser, como defende Posner, o parâmetro principal da análise jurídica.

Ocorre que, não se pode simplesmente aplicar métodos eminentemente científicos ao direito. Isso porque, a indeterminabilidade jurídica é extremamente diferente da indeterminabilidade científica. Nesse sentido, pode-se destacar que enquanto cientistas respondem, juristas enfrentam, administram e superam. Isso faz com que se possa

unidade na multiplicidade (e seu encontro, de resto extremamente significativo, na física de Newton e de Einstein). Portanto, a ciência tem ao mesmo tempo seus aspectos platônicos e aristotélicos. E o direito certamente tem o primeiro. Mas isso não torna o direito científico, ou mesmo semicientífico, do mesmo modo que a característica comum da abstração não faz de uma regra jurídica uma lei científica. A busca de unidade na multiplicidade não é exclusiva da ciência. Também é o projeto da teologia e da metafísica, modalidades de investigação que diferem da ciência na recusa a submeter suas teorias ao fogo cerrado do teste empírico – e isso faz toda a diferença do mundo. Sob esse aspecto crítico, o direito aproxima-se mais da teologia e da metafísica do que da ciência. Os advogados não são apenas rápidos, mas igualmente eloquentes, em fazer afirmações enfáticas sobre questões de fato (por exemplo, o papel das cláusulas sobre religião da Primeira Emenda na preservação do pluralismo religioso nos Estados Unidos) sem tentarem, desejarem ou mesmo se mostrarem dispostos a submeter essas afirmações a um teste empírico.

Se redescrevermos a “ciência” meramente (mas não trivialmente) como a ideia, a prática e a ética da investigação sistemática e imparcial – em essência, como uma atitude de respeito diante dos fatos –, daremos talvez a impressão de estar colocando diante do advogado, do juiz e do professor de direito um ideal eminentemente alcançável, assim como digno do mais alto mérito. Podemos, então, começar a ver mais claramente como os casos poderiam ser a contraparte dos dados científicos e, portanto, uma base potencial para se inferir um comportamento de matizes jurídicos no sentido científico, não jurídico, da palavra “direito”. Podemos observar o paralelo entre a dedução, pelo cientista, das consequências de uma teoria científica e da tentativa de descobrir essas consequências na natureza, por um lado, e a comparação, pelo juiz, das implicações de uma doutrina jurídica com a realidade social, por outro. Sem dúvida, existe um abismo entre a aspiração e a realização científicas, mas a questão mais interessante, [...], é que as práticas profundamente enredadas na trama do direito podem colocar até mesmo a aspiração para além do alcance deste.”

³⁷ POSNER, R., 2007 (b), 627 p.

afirmar que o direito não é unânime, convergente e progressivo, como pode ser a ciência pura. E isso quer dizer que, apesar de se administrar, sustentar e superar a indeterminabilidade jurídica, jamais se poderá dizer que se alcançou a verdade inquestionável. Pois os fatos não são exatos e o direito está diretamente ligado a eles.

O mesmo não ocorre no caso da indeterminabilidade científica. A ciência se debruça sobre as dúvidas até que alcance uma resposta convergente unânime e passa-se, posteriormente, a análise de outra indeterminabilidade em forma de progresso. Resumidamente, na ciência existe o encontro da verdade, no jurídico não. Daí porque a discussão no jurídico jamais se encerra com uma “resposta correta”.³⁸

Na busca do estabelecimento de um método, Posner parte do pressuposto que a lógica ou a matemática – entendida como ciência exata – não respondem a tudo. Daí porque, a razão prática adotada por ele é aquela que “[...] implica a criação de um objetivo – o prazer, o bem-viver etc. – e a escolha dos meios adequados para alcançá-lo.”³⁹

Porém, é importante ter em mente, que a razão prática serve para chegar a conclusões e orientar comportamentos e não para apresentar justificações. As sentenças assim devem ser decisões, e não justificações. Isso porque, com determinado método, busca-se uma resposta para determinado caso, e isto quer dizer que este método não é uma justificação, como muitas vezes a lógica é utilizada, mas sim, um caminho para se chegar à conclusão.

Assim, deve-se buscar a melhor solução no sentido meio-fim, custo-benefício para determinado caso. É por isso que, em muitos casos, a resposta de Posner é dizer que determinado questionamento não pode ter consequências e, em razão disso, não precisa de resposta adequada.⁴⁰

³⁸ POSNER, R., 2007 (b), p. 90/91: “Previsão e controle são, exatamente, as coisas que a ciência nos dá, mas que não obtemos da filosofia, da política e do direito – a não ser (no caso da política e do direito) mediante o emprego da força.

Em suma, se a ciência é uma garantia de certeza, ainda assim seus métodos e seu domínio diferem tanto daqueles do direito que a exatidão da ciência não pode traduzir-se em exatidão no direito, mas se a ciência não é uma garantia de certeza, então não pode ser usada como base ou modelo de certeza jurídica. De qualquer modo, devemos procurar em outro lugar os fundamentos de tal certeza.”.

³⁹ POSNER, R., 2007 (b), p. 95.

⁴⁰ POSNER, R., 2007 (b), 627 p. 217: “É possível que, em direito, todo o palavratório sobre entidades mentais como intenção e premeditação, ou entidades metafísicas como causalidade e justiça, não passe de tapeação.”.

Com isso, segundo Posner, para que se determine o que se busca, deve-se estabelecer uma adequação dos meios e fins do direito. Isso seria a chamada racionalidade meio-fim, que, em certa medida, se confunde com a chamada racionalidade econômica.⁴¹

De fato, a economia já vem influenciando o direito há muito tempo. Em verdade, o que Posner pretende é estabelecer um método científico específico para o direito. Ou seja, uma análise científica do direito, e para tanto, assumiu a perspectiva que a economia influencia o direito e, portanto, se filiou e passou a desenvolver a Análise Econômica do Direito.⁴²

Portanto, considerando que normas jurídicas perderam seu privilégio, que a ciência, pura e simplesmente, não consegue responder

⁴¹ POSNER, R., 2007 (b), p. 144: “Considerando a identidade da racionalidade de meios e fins em relação à análise de custo-benefício e a estreita relação, [...] entre o raciocínio lógico e os modelos econômicos, tal como a fórmula de negligência de Learned Hand, podemos compreender por que a economia fez tais incursões no direito nos últimos anos: a estrutura implícita de quase todo raciocínio jurídico é econômica. A resistência a esse desenvolvimento é compreensível também. Os advogados e juízes relutam em admitir a intensidade na qual o raciocínio jurídico está permeado por considerações sobre políticas públicas, considerações econômicas e outras. Rupert Cross afirmou que “quando um juiz realmente considera os prós e contras de cada uma das partes (num caso não informado por precedentes), não há nome reconhecido para o raciocínio. A característica desconcertante desse método analítico que não ousa falar seu nome é que diferentes juízes estão aptos a ponderar os prós e contras de maneira diferente.”.

⁴² POSNER, R., 2007 (b), p. 85: “Um certo progresso na reformulação do direito em moldes genuinamente (e não apenas analogicamente) científico-tecnológicos é visível. Esse progresso se deve, em grande parte, ao empenho de economistas e advogados que tendem a pensar em termos econômicos. A economia, inclusive o ramo conhecido como Análise Econômica do Direito ou ‘Direito e Economia’ (*Law & Economics*), é de fato uma ciência, apesar de incipiente [...]. Os profissionais de direito e economia estão tentando, com algum sucesso, usar os métodos e resultados da economia para melhorar nossa compreensão do direito e ajudar a reformulá-lo. Novos avanços podem ser esperados nessa frente. Contudo, em parte porque os campos científicos, como a economia e a psicologia, com base nos quais uma ciência do direito teria de ser criada, são imaturos, e em parte devido aos fatores institucionais acima mencionados, está longe o dia em que o direito poderá tomar assento entre as ciências. Assim na ciência, assim na engenharia: as maravilhas produzidas por esta última são mais fáceis de determinar do que aquelas do campo jurídico, o avanço na engenharia tem mais visibilidade do que o do direito, e os métodos dos engenheiros são menos problemáticos do que os dos advogados.”.

às peculiaridades do direito, ganha destaque a AED, passando a se buscar na economia os parâmetros guias para o desenvolvimento do direito. Nesse sentido, pode-se dizer que a AED é um intermédio entre positivismo jurídico estrito e livre interpretação.

O positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional representam os dois extremos na antiga controvérsia sobre a discricionariedade judicial. A teoria econômica, [...], representa uma posição intermediária. De acordo com ela, os juízes exercem e devem exercer a discricionariedade. Esta, porém, deve seguir os ditames de uma teoria econômica aplicada ao direito: a chamada “análise econômica do direito” ou “direito e economia” (law and economics).⁴³

Assim, pode-se aplicar a teoria econômica na análise do direito, porém, não se trata da economia como estudo dos fenômenos econômicos particulares. Mas sim, de uma teoria,

[...] que concebe a economia não como o estudo de fenômenos 'econômicos' particulares, mas como a teoria das escolhas racionais – de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam, incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária.⁴⁴

Portanto, a partir deste ponto, é necessário compreender que parâmetros econômicos são esses que guiam a economia e que passam, a partir da AED, a influenciar no direito. Nesse sentido, especial destaque deve ser dado à eficiência e à racionalidade.⁴⁵

⁴³ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XI/XII.

⁴⁴ POSNER, R. A., 2010. p. XII.

⁴⁵ POSNER, R. A., 2010., p. XIV: “A novidade do movimento 'direito e economia' está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social: no do acidente, resultados que penalizem a não tomada de precauções cujo custo

O desenvolvimento do conceito de eficiência dentro da Análise Econômica do Direito, na teoria de Richard A. Posner, tem essencial importância. Em razão disso, é necessário compreender o desenvolvimento econômico da eficiência e em que medida, Posner conseguiu transportá-lo para utilização no direito.

Inicialmente, destaca-se que o primeiro conceito de eficiência trazido para aplicação na Análise Econômica do Direito foi aquele desenvolvido por Pareto, o chamado “ótimo de Pareto”. Resumidamente, o “ótimo de Pareto” é quando se consegue aumentar o bem-estar de alguém sem diminuir de outra pessoa. Ou seja, distribuir sem causar dano a ninguém. Isso quer dizer que, para Pareto, eficiência é aquela alocação de reservas que permite o máximo de satisfação das aspirações individuais. Com isso, pode-se concluir que seria ineficiente quando não se pudesse usufruir, ao máximo, todas as potencialidades, considerando-se que cada um pode melhorar a própria posição sem piorar a dos outros.⁴⁶

Portanto, eficiência em Pareto, seria adquirir a maior vantagem possível sem dar custo para ninguém, ou melhor: maior vantagem com menor custo, para todos. Assim, quando se alcançasse o máximo de satisfação sem causar dano algum, encontrar-se-ia, então, o chamado “Ótimo de Pareto”.

se justificaria; mas que não penalizem a recusa a tomar precauções cujo custo não se justifica.”.

⁴⁶ FRAZONI, L. A., 2003. p. 22: “O conceito de eficiência se baseia na teoria lockiana de que, no âmbito de uma determinada sociedade, as reservas necessárias para a realização dos fins individuais são escassos. Isto coloca os interesses dos indivíduos em conflito: se as reservas são entregues para A, dever ser tolhidas de B. Neste cenário se encontra a definição de eficiência data por Vilfredo Pareto: eficiente é aquela alocação de recursos (bens e fatores produtivos) que permitem a máxima satisfação das aspirações individuais. Ineficiente são todas as situações nas quais as potencialidades disponíveis não são aproveitadas ao máximo, no caso de qualquer um poder melhorar sua situação sem piorar a dos outros.”. Tradução livre de: “*Il concetto di efficienza si basa sull'assunto lockiano che, nell'ambito di una determinata società, le risorse necessarie per la realizzazione dei fini individuali siano scarse. Questo pone gli interessi dei singoli in conflitto tra loro: se le risorse sono assegnate ad A, devono essere tolte a B. In questo scenario si innesta la definizione di efficienza data da Vilfredo Pareto: efficiente è quella allocazione di risorse (Beni e fattori produttivi) che permette il massimo soddisfacimento delle aspirazioni individuali. Inefficienti sono tutte Le situazioni in cui Le potenzialità disponibili non sono sfruttate al meglio, um cui qualcuno può migliorare la própria posizione senza far peggiorare quella degli antri.*”

Ocorre que, o critério paretiano não era completo. Nesse sentido, pode-se destacar a incapacidade da análise das externalidades, uma vez que analisava apenas de forma internalizada determinada transação comercial. Outra problemática, esta identificada por Guido Calabresi, foi a de que qualquer situação poderia ser qualificada como ótima, desde que não resultasse em perda de bem-estar para ninguém, individualmente analisado. Isso impossibilitava o julgamento correto das análises de ganho e perda, quando se partia de diferentes perspectivas.⁴⁷

Foi a partir da percepção destas problemáticas que entrou em cena o grande desenvolvimento empreendido por Richard A. Posner. Pois, a partir daí foi que se passou a sistematizar a aplicabilidade de outro critério de eficiência, qual seja, aquele desenvolvido pelos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks, que ficou conhecido mundialmente como o critério de eficiência Kaldor-Hicks.

Com base nesse critério, posteriormente aprimorado por Richard A. Posner, as normas devem buscar a maximização do bem-estar geral, porém, essa maximização não deve se limitar até o momento em que não há perda, dano, para ninguém – como pressupõe o critério de Pareto. O que se faz, neste caso, é um critério de compensação, ainda que teórico, para aqueles que saem prejudicados.⁴⁸

⁴⁷ CALABRESI, Guido. **The pointless of Pareto: carrying Coase further**. In: PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles. *The Origins of Law and Economics: Essays by the founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 171: “A existência de objectores *ex ant* deve significar que algumas pessoas que – certar ou erradas – acreditam que perderão alguma coisa das mudanças. Colocando de outra forma: se ótimo de Pareto significa um lugar onde nenhuma melhoria pode ser feita sem *ex ant* criar as possibilidades de que haverá alguns perdedores, então nós estaremos sempre lá. E se o teste estrito de Pareto é o apropriado para definir a eficiência, então o que “é” eficiência, penso que possa ser apenas um de muitos arranjos.”. Tradução livre de: “*The existence of ex ant objectors itself must mean that there are some people Who – rightly or wrongly – believe that they will lose something from a change. Putting it another way: if Pareto optimality means a place where no improvement can be made without ex ant creating the possibility that there will be some losers, then we are always there. And if the strict Pareto test is the appropriate definition of efficiency, then what ‘is’ efficient, though it may be only one of many such arrangements.*”

⁴⁸ POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007 (a)

Isso quer dizer que, com a sistematização do critério Kaldor-Hicks, a economia se afastou, ainda mais, de parâmetros sociais ou morais, para se traduzir na análise da riqueza e sua maximização.⁴⁹

Nesse ponto, é extremamente importante que se compreenda o que se trata quando se fala em maximização de riqueza. Este termo deve ser compreendido como o valor predominante para o desenvolvimento do direito. De fato, para Posner o que se pretende, o fim que o direito deve ter, é a maximização de riqueza. A partir disso, utilizando-se do critério Kaldor-Hicks, Posner define eficiência no sentido de maximização de riqueza e diz que esta tem força moral, sendo a riqueza este valor, esta medida de avaliação qualitativa.⁵⁰

Assim, eficiência é a busca pela junção de recursos, visando a maximização de riquezas. Quanto maior a possibilidade de maximização das riquezas, mais eficiente será determinada ação.⁵¹ Nesse sentido, com

⁴⁹ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular: 2006. “É de se notar, contudo, que, para se tornar instrumental, o conceito de ‘eficiência econômica’ perdeu substrato moral. Soluções eficientes podem ser tremendamente ‘injustas’, já que agora não mais se exige que a situação de todos seja incrementada, mas apenas que o saldo seja positivo. Aplicada dessa forma, a eficiência torna-se apenas uma indispensável análise de custo-benefício: quaisquer que sejam a política adotada e os objetivos perseguidos, há sempre uma forma eficiente, e que desperdiça menos recursos, de fazê-lo.”

⁵⁰ POSNER, R. A., 2010., 492 p.

⁵¹ POSNER, R. 2007 (a), p. 40/41: “A dependência na distribuição da riqueza, inclusive o conceito de eficiência na superioridade no sentido de Pareto, dado que a disposição a pagar e, portanto, o valor é uma função desta distribuição, limita mais ainda a eficiência como um critério final de bem social. Podemos ilustrar isto com o exemplo anterior no qual A vende a B uma escultura em madeira. É possível que A tenha valorado a escultura somente em 70 dólares e B o tenha valorado em 120 dólares, não porque A goste menos da escultura que B – é possível que goste ainda mais – e não porque não existe nenhum conceito imperativo de merecimento a que B possa apelar para validar seu direito a ser capaz de comprar a escultura. É possível que simplesmente A esteja na penúria e tenha que vender sua escultura a fim de comer, e que B, ainda que não seja um apaixonado das esculturas de madeira – suponhamos que em efeito são indiferentes – deseja diversificar sua enorme riqueza mantendo uma gama de coleções. Estas circunstâncias [...] não são de modo algum inconscientes com o fato de que a venda melhora a situação de ambos. Porém, tais circunstâncias minam os fundamentos morais de um sistema social orientado pela superioridade de Pareto, já não digamos faça a superioridade potencial de Pareto. Mesmo depois de fazer que todas as instituições da sociedade se

o trabalho a partir da eficiência, não importam os lados em litígio, o que interessa é a maximização das riquezas, a partir dos resultados das transações voluntárias.

Logo, a partir destas premissas do conceito de eficiência, Posner, finalmente, atribui um denominador comum para a análise qualitativa da felicidade, ou bem-estar geral, qual seja: a riqueza⁵².

conformem aos requerimentos da eficiência, o padrão de consumo e de produção derivarão de uma distribuição da riqueza subjacente. Se essa distribuição é injusta, o padrão das atividades econômicas não terá uma forte justificação para ser, tampouco, considerado justo. E na medida em que a distribuição da riqueza se determine ela mesma pelo mercado, a justiça do mercado não pode derivar de alguma noção independente de distribuição justa.”. Tradução livre de: *“La dependencia en la distribución de la riqueza, incluso el concepto de eficiencia de la superioridad en el sentido de Pareto, dado que la disposición a pagar, y por ende el valor, es una función de esa distribución, limita más aún a la eficiencia como un criterio final del bien social. Podemos ilustrar esto con el ejemplo anterior en el que A vende a B un adorno de madera. Es posible que A haya valuado el adorno en sólo 70 dólares y B lo haya valuado en 120 dólares, no porque a A le guste el adorno menos que a B – es posible que le guste mucho más – y no porque haya ningún concepto imperativo de merecimiento al que B pueda apelar para validar su derecho a ser capaz de comprar el adorno. Es posible que simplemente A esté en la inopia y tenga que vender su adorno a fin de comer, y que B, aunque no sea un apasionado de los adornos de madera – supongamos que en efecto son indiferentes – desea diversificar su enorme riqueza manteniendo una gama de colecciones. Estas circunstancias [...] no son en modo alguno inconsistentes con el hecho de que la venta mejore la situación de ambos. Pero tales circunstancias minan los fundamentos morales de un sistema social orientado hacia la superioridad de Pareto, ya no digamos hacia la superioridad potencial de Pareto. Aun después de hacer que todas las instituciones de la sociedad se conformen a los requerimientos de la eficiencia, el patrón del consumo y de la producción derivará de una distribución de la riqueza subyacente. Si esa distribución es injusta, el patrón de las actividades económicas derivado de ella no tendrá una fuerte justificación para ser considerado como justo tampoco. Y en la medida en que la distribución de la riqueza se determine ella misma por el mercado, la justicia del mercado no puede derivar de alguna noción independiente de la distribución justa.”*

⁵² POSNER, R. A., 2007 (a), p. 45: “[...] recordemos que a riqueza, tal como entendem os economistas, não é um conceito contável; se mede pelo que a pessoa pagaria pelas coisas (ou pelo que pediria em troca por renúncias às coisas que possui) no pelo que paga efetivamente por elas. Assim, o ócio tem valor e forma parte da riqueza, ainda que não se compre nem se venda. Podemos dizer que o ócio tem um preço implícito ou de sombra (como se

Por fim, junto com a eficiência, um dos conceitos chaves do movimento AED é o de racionalidade. Este conceito, como no caso da eficiência, foi extraído da teoria econômica, que, nas palavras de Posner, “[...] a economia é a ciência da escolha racional em um mundo – nosso mundo – onde os recursos são limitados em relação às necessidades humanas.”⁵³

O que se pode conceituar por racionalidade, portanto, é o pensamento racional do indivíduo em sempre maximizar seu bem-estar, ou seja, tudo que seja de seu interesse.⁵⁴ Assim, a sua grande diferença da eficiência é que, enquanto a racionalidade é o pensamento do homem em sempre querer maximizar seus interesses, seu bem-estar, que será medido pela maximização da riqueza; a eficiência seria a análise da melhor forma de alcançar esse intento, racionalmente previsto. Portanto, racionalmente se busca a maximização da riqueza que, por sua vez, será alcançada quando o agir ocorre da forma mais eficiente possível.

A partir de agora, que se tem em mente os principais conceitos da *law and economics*, com base na teoria de Richard A. Posner, se deve passar ao estudo do papel e importância do Poder Judiciário. Com isso,

calcula?). Mesmo os mercados explícitos criam valor acima do preço dos bens que ali se vendem. [...] se a quantidade vendida fosse menor, o preço seria maior; evidentemente, os consumidores estariam dispostos a pagar mais por algumas unidades do produto. Portanto, os consumidores devem obter valor pelo fato de serem capazes de comprar tais unidades a preço competitivo. Este valor, chamado excedente de consumo [...], forma parte também da riqueza da sociedade.”. Tradução livre de: [...] *recordemos que la riqueza, tal como la entienden los economistas, no es un concepto contable; se mide por lo que la gente pagaría por las cosas (o por lo que pediría a cambio por renunciar a las cosas que posee) no por lo que paga efectivamente por ellas. Así, en ocio tiene valor y forma parte de la riqueza, aunque no se compre ni se venda. Podemos decir que el ocio tiene un precio implícito o de sombra (¿cómo se computa?). Aun los mercados explícitos crean valor por encima del precio de los bienes que allí se venden. [...] si la cantidad vendida fuese menor, el precio sería mayor; evidentemente, los consumidores estarían dispuestos a pagar más por algunas unidades del producto. Por lo tanto, los consumidores deben obtener valor por el hecho de ser capaces de comprar tales unidades al precio competitivo. Este valor, llamado excedente del consumidor [...], forma parte también de la riqueza de la sociedad.”.*

⁵³ POSNER, R. A., 2007 (a), p. 25, tradução livre de: “[...] *la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo – nuestro mundo – donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.”.*

⁵⁴ POSNER, R., 2007 (a), 1120 p.

busca-se compreender, o que Posner entende como função primordial do Poder Judiciário dentro de uma sociedade.

2.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO COM BASE NA TEORIA DE RICHARD A. POSNER

Como se tem buscado demonstrar até aqui, o direito tem passado por importantes transformações. Logicamente, essas transformações não afetam, exclusivamente, a teoria do direito. Constatase, para além da teoria, uma forte influência e transformação na estrutura e no paradigma de atuação do Poder Judiciário.

De fato, a evolução do Poder Judiciário, em especial nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, não se deu conjuntamente com a evolução social, o que acarretou enormes problemas na relação entre o Estado e o cidadão. Questionado pelos múltiplos vetores da transformação acarretada pela passagem do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar, o Judiciário parece perplexo diante do caminho a ser trilhado. Não é possível voltar ao padrão de funcionamento que o caracteriza no modelo liberal, mas ao entrar em movimento não parece saber o que exatamente deve mudar para se adequar aos novos tempos.

Contudo, durante muito tempo, as problemáticas encontradas no direito e na atividade jurídica foram ocultadas, deixando de se buscar uma verdadeira solução, o que ocasionou um aprofundamento da crise do Poder Judiciário⁵⁵.

Nesse sentido, as transformações da atividade jurídica são, de fato, resultado lógico das problemáticas que surgiram no desenvolvimento do próprio direito. Tais problemáticas foram crescentes, especialmente em razão do fortalecimento do formalismo jurídico, o que ocasionou a perda de sua esfera factual.⁵⁶

A partir disso, como já salientado anteriormente, o fato se tornou a característica mais frágil em uma análise jurídica, perdendo espaço para as regras criadas genericamente. Isso se deu, também, em razão do aumento da litigiosidade⁵⁷ e o surgimento de novos conflitos.

⁵⁵ A crise jurídica será tratada com maior especificidade, no capítulo 2.

⁵⁶ De fato, a grande crítica de Posner às atividades jurídicas norteiam-se, como base teórica, em uma crítica ao formalismo jurídico que, segundo ele, está presente tanto no positivismo quanto no jusnaturalismo.

⁵⁷ O aumento da litigiosidade está longe de ser um privilégio nacional. Como Posner já destaca, a litigiosidade, nas últimas décadas se tornou crescente e isso,

A confusão aumenta quando se tenta conceituar “interpretação”. Cada um, conforme queira entenderá de uma maneira. “Melhor seria que descartássemos o termo “interpretação” e enfocássemos diretamente as consequências das aplicações propostas dos dispositivos legais e constitucionais a litígios específicos.”⁵⁸

O que ocorre, em verdade é que:

Para evitar o risco de comprometer suas pretensões de autonomia profissional, os membros de uma profissão preferem não entrar em áreas nas quais não controlem todas as ferramentas de investigação. Querem fazer com competência aquilo que sabem fazer, ainda que prestassem maior contribuição à sociedade se dessemphassem com menos competência uma tarefa mais importante, como a de promover a justiça social. Implicitamente, colocam o bem-estar da profissão acima do bem-estar da comunidade; sob a justificativa de estarem guardando seu prestígio para o dia em que este for necessário para salvar o país. (Esperamos há mais de dois séculos pela chegada desse dia.) Pode-se fazer uma analogia com os médicos medievais, que privilegiavam o prognóstico para poderem recusar pacientes aparentemente condenados à morte, concentrando-se naqueles com probabilidade de recuperação, com ou sem o auxílio médico.⁵⁹

Assim, com a percepção de que o formalismo não era mais capaz de responder a todas as questões, passaram a se utilizar cada vez mais de armas como retórica e literatura. Isso desprestigiou a teoria do direito, que não era mais criada, sendo utilizada como simples justificação de determinada decisão. Isto é, não se tinha um sistema de criação teórica

não apenas pela conquista de novos direitos, como também – conforme indica Boaventura de Sousa Santos – pela *lex mercatoria* agora de nível supraestatal.

⁵⁸ POSNER, R., 2007 (b), p. 611.

⁵⁹ POSNER, Richard. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 78.

do direito. O que existia era a ideia de que o direito deveria ser encontrado na natureza, uma vez que, era um fim em si mesmo.⁶⁰

Ocorre que, em uma sociedade tão heterogênea como as sociedades atuais, não há mais como falar em unicidade do direito, ou a possibilidade de encontrá-lo, uno e idêntico em uma realidade natural. O que se passa a empreender é a reaproximação deste poder com a sociedade e a realidade em si.

Portanto, com a mudança de entendimento do que é o direito, este deixa de ser aquele objeto com fim em si, para se tornar um instrumento social, que visa, sobretudo, a maximização da felicidade, quantificada como a maximização da riqueza.

A partir desta perspectiva, na busca pela interdisciplinaridade, é que se destacou a economia, como ciência capaz de auxiliar o direito a compreender a realidade social.

Porém, a atividade econômica para o Judiciário não daria certo, pois a concorrência não seria capaz de determinar a qualidade do serviço. Isso tem muita relação com a discricionariedade do juiz, pois, quanto maior a discricionariedade, mais difícil é a determinação da qualidade da produção.⁶¹

Nessa mudança do entendimento do que é o direito, bem como do próprio paradigma de atuação dos aplicadores jurídicos, deve-se ter em mente que,

[...] as implicações mais importantes têm a ver com as atitudes. As ortodoxias tradicionais – e neortodoxias, e liberais e radicais – da filosofia do direito deveriam ser descartadas, e o empreendimento jurídico reconcebido em termos pragmáticos. Isso feito, a dicotomia entre positivismo jurídico e direito natural viria abaixo

⁶⁰ POSNER, R., 2009, p. 80. “À semelhança de um artista ou artesão, o advogado, professor ou juiz tradicional não produzia nem um argumento ou uma prova reproduzível, ou então verificável, nem uma peça padronizada cujo valor pudesse ser prontamente determinado no mercado dos serviços jurídicos ou dos trabalhos acadêmicos. Concebia um produto essencialmente literário, no qual exibia seu domínio das habilidades retóricas que são o fruto característico do talento, do treinamento e da experiência do jurista. Holmes não poderia estar mais longe da verdade quando definiu o direito como vocação de pensadores e não de poetas. Grande parte da fama de Holmes e das demais celebridades da história da profissão jurídica anglo-americana, inclusive Herbert Wechsler, deve-se à força de sua retórica.”.

⁶¹ POSNER, R., 2009., 627 p.

sem quaisquer prejuízos. Não estou sugerindo, porém, que seja fácil mudar atitudes.⁶²

Segundo Richard A. Posner, o que deve ocorrer é a retomada do fato, ou seja, a retomada da preocupação do direito pelo fato. Portanto, o direito,

[...] em si, é mais bem abordado em termos behavioristas. Não pode ser exata ou proveitosamente descrito como um conjunto de conceitos, quer de direito positivo, quer de direito natural. É mais bem descrito, ainda que isso não seja tudo, como a atividade de profissionais habilitados que chamamos de juízes, que têm o alcance de sua habilitação circunscrita somente pelos difusos limites externos do decoro profissional e do consenso moral. Holmes estava no caminho certo quando propôs a teoria do direito como previsão, que é uma teoria do direito como atividade; seus críticos foram demasiado rápidos em rejeitá-la. Redescrever o direito em termos de atividade tende a apagar a distinção entre direito natural e direito positivo, e a distinção realmente sobreviveu à sua utilidade. Os juízes criam em vez de descobrirem o direito, e usam como insumos tanto as regras formuladas por legislaturas e tribunais anteriores (“direito positivo”) quanto suas próprias preferências éticas e sobre políticas públicas. Essas preferências são tudo que resta do “direito natural” agora que muitos de nós deixamos de acreditar que a natureza constitui uma ordem normativa.⁶³

Com isso, como já destacado no segundo item deste capítulo, o direito encontra uma lógica da justificação, e não mera ou basicamente uma lógica da descoberta. Ou seja, o importante seria a justificativa do direito e não a sua, tão alegada, descoberta.

Tal mudança na compreensão do direito é ponto de rompimento com o antigo sistema de logicidade e pureza, e, conseqüentemente, influenciou na mudança do paradigma de atuação do Poder Judiciário.

⁶² POSNER, R. 2007 (b), p. 618.

⁶³ POSNER, R. 2007 (b), p. 612/611.

Entretanto, isso não significa o abandono por completo do formalismo jurídico e seus pressupostos. O que se faz é uma passagem de compreensão do direito não como algo dado, pré-existente e inquestionável, mas sim, na crença de uma justificação embasada pela necessidade social.⁶⁴

O que se faz é abandonar a idéia de que o direito é pré-existente e deve ser descoberto, para que possa ser encarado como objeto de criação que deve ser utilizado para um fim específico. Assim, não se abandona ou se torna hostil, por completo, à ciência do direito, o que ocorre é a mudança de foco. A visão se concentra no futuro, transformando o direito em um empreendimento social, abandonando a análise exclusivamente pretérita. Assim, com caráter de previsão, o direito passa a ser utilizado como objeto para o fim específico de maximização da riqueza.

Esse é um dos principais papéis da aplicação da AED, ou seja, auxiliar na construção e transformação do direito.⁶⁵ Isto quer dizer que, a AED pode servir como um sinal de orientação que indica ao intérprete em que direção pode olhar e no que deve prestar atenção, quando as leis e a jurisprudência não são claras ou oferecem distintas alternativas.

Além disso, este método de atuação auxilia a meditar sobre as consequências das atuações e a determinar e valorar as vantagens e desvantagens de tais consequências. Por exemplo, obtendo informações sobre o conflito a ser decidido e observando, permanentemente, o círculo social e econômico em que intervêm. Assim, com base nos pressupostos das ciências econômicas, auxilia a conhecer os benefícios e

⁶⁴ POSNER, R. 2007 (b), 627 p.

⁶⁵ ALVAREZ, A B., Jul/Dez 2006., p. 58: “Todavia, o aspecto inovador do movimento não se reduz a este aspecto. A novidade da AED é dar uma fundamentação econômica à teoria do direito e, neste sentido, mais que se centrar nos efeitos das normas, terá que se centrar na eficiência e, portanto no princípio da maximização. Neste sentido, a respeito da eficiência no direito consuetudinário, a hipótese não é que o direito consuetudinário duplique ou possa duplicar perfeitamente os resultados dos mercados competitivos, mas que, dentro dos limites da viabilidade administrativa, o direito conduz o sistema econômico para a produção dos resultados que a concorrência eficaz produz e complementa o raciocínio, em tanto se aceite que o economista pode medir custos e que os mesmos são pertinentes para a política, a teoria econômica tem um papel importante nos debates sobre a reforma legal”.

custos das normas jurídicas, a fim de obter um resultado socialmente valioso.⁶⁶

⁶⁶ ALVAREZ, A. B., Jul/Dez 2006., p. 53/55: “A proposta de estudo interdisciplinar implica (a) a rejeição da ideia de autonomia da própria ciência jurídica consoante a proposta do formalismo na formulação de Langdell. Desta forma, retoma os postulados do realismo, isto é, a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais, especificamente através da aplicação da teoria econômica à análise e evolução da realidade legal. Implica também (b) erigir a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, com o que se abre o discurso jurídico à realidade social e se realiza a integração entre ciência econômica e ciência jurídica superando os limites do formalismo e estabelecendo novo tipo de relação implicando: (i) que a interpretação e avaliação de uma norma realiza-se desde os pressupostos da teoria econômica; (ii) que a racionalidade de que se dota às normas e ao sistema jurídico em seu conjunto, é uma racionalidade do tipo econômico. Ainda, implica (c) colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas; bem como a (d) tentativa de reconstrução do discurso jurídico através de uma linguagem tecnocrática: (i) porque os destinatários desse discurso não são tanto os indivíduos e/ou grupos, mas os operadores jurídicos que partem de uma visão funcional e operacional do direito; (ii) porque a utilização das técnicas de análise custo-benefício e a reformulação das categorias tradicionais em categorias econômicas levam a priorizar o caráter tecnocrático do discurso; e (iii) porque o direito passa a ser compreendido como meio para atingir fins ou objetivos sociais, razão do instrumentalismo, resultante do movimento do realismo jurídico e do movimento do pragmatismo filosófico, bem como do movimento progressista. Por fim, implica o (e) instrumentalismo pragmático cujas principais características são: 1ª uma concepção essencialmente instrumental do direito entendido como o conjunto de meios sociais, de instrumentos que servem a objetivos determinados, que surgem, por sua vez, de necessidades e interesses Sociais externos ao direito uma forma de tecnologia, uma tecnologia social complexa; 2ª uma teoria do direito em que os juízes e operadores jurídicos são os verdadeiros protagonistas no processo de criação do direito; 3ª uma visão otimista da potencial eficácia do direito para cambiar a sociedade; 4ª uma teoria do valor de marcado caráter utilitarista porquanto o direito existe para satisfazer necessidades ou interesses. Consoante Summers, a maioria destes teóricos consideravam que os valores e os objetivos das normas jurídicas devem derivar dos desejos e interesses reais da sociedade, quaisquer que eles sejam, num determinado momento. Desta forma, ao assumir a não comensurabilidade qualitativa das necessidades leva a postular a maximização do maior número de interesses ao menor custo., o que converge com as teses da AED. 5ª esta teoria instrumentalista do direito é o fundo ideológico da experiência jurídica do

Nesse sentido, é importante ter claro que a AED, conforme explica Posner, pode adotar uma metodologia normativa ou positiva. Reflete, em tal sentido, a mesma dualidade própria da ciência econômica em geral. Quando adota uma metodologia normativa, parte – implícita ou explicitamente – de certas metas ou valores, e julga ou valora os fenômenos jurídicos a partir do ponto de vista de tais metas e valores. Pode-se dizer, assim, por exemplo, que determinada norma é ineficiente à luz de um critério pré-estabelecido de eficiência social. Entretanto, quando adota uma metodologia positiva, se limita a expor certos fatos e suas consequências.⁶⁷

Richard Posner e a Escola de Chicago trabalham a análise positiva da economia. Assim, buscam analisar, explicar e prever os fenômenos, elaborando parâmetros que possibilitem a identificação das

estado intervencionista nos EEUU. A concepção realista é o grande mecanismo para implementar as transformações demandadas pela sociedade americana: do modelo do *laissez faire* da Common Law para o Bem-estar e intervencionismo do New Deal: o sistema jurídico transforma-se num processo politicamente orientado à busca do interesse público geral, à maximização dos interesses do maior número através da legislação e a re-interpretação das doutrinas da Common Law à luz dos novos valores instaurados.”.

⁶⁷ POSNER, R. A., 2007 (a), p. 57: “A teoria tem aspectos normativos e positivos. Ainda que o economista não possa dizer que a sociedade deve tratar de limitar os roubos, se pode mostrar que seria ineficiente permitir um roubo ilimitado; assim, pode clarificar um conflito de valores demonstrando quanto de um valor – a eficiência – deve sacrificar-se para alcançar outro. Ou seja, tomando como dada uma meta de limitação do roubo, o economista deve ser capaz de demonstrar que os meios para os quais tem tratado a sociedade de alcançar dita meta são ineficientes: que a sociedade poderia obter maior prevenção, a um custo menos, empregando métodos diferentes. Se os métodos mais eficientes não prejudicarem outros valores, aqueles seriam socialmente desejáveis, ainda que a eficiência ocupe um lugar abaixo na torre dos valores sociais.”. Tradução livre de: “*La teoría tiene aspectos normativos y positivos. Aunque el economista no puede decir a la sociedad si debe tratar de limitar el robo, sí puede mostrar que sería ineficiente permitir un robo ilimitado; así, puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuánto de un valor – la eficiencia – debe sacrificarse para alcanzar otro. O bien, tomando como dada una meta de limitación del robo, el economista debe ser capaz de demostrar que los medios por los cuales ha tratado la sociedad de alcanzar dicha meta son ineficientes: que la sociedad podría obtener mayor prevención, a un costo menor, empleando métodos diferentes. Si los métodos más eficientes no perjudicaran a otros valores, aquéllos serían socialmente deseables, aunque la eficiencia ocupara un lugar bajo en el tótem de los valores sociales.*”.

problemáticas e a possibilidade de previsão, agindo de forma prospectiva.

Com a transformação da compreensão de direito e sua função em uma sociedade e com o surgimento da Análise Econômica do Direito, há a substituição do conceito de justiça por pressupostos próprios da economia, e, neste caso, em especial, o conceito de justiça passa a ser substituído pelo conceito neoclássico de eficiência. Portanto, deve-se levar em consideração que:

[...] a AED reconhece a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, tanto no referente a objetivos como métodos de estudo, mas, [...], sustenta que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica, para conseguir maior objetividade e precisão na tomada de decisões. Noutros termos, que o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza podem ser usados pelos juízes como standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa. Mais ainda, “que existe uma racionalidade subjacente à Common Law baseada no princípio da eficiência econômica”.⁶⁸

Assim, em busca de uma resposta às problemáticas jurídicas trazidas, a AED, como método de aplicação do direito, passa a atuar na atividade jurídica, com os olhos voltados para o futuro, em busca de uma maximização da utilidade.

Porém, a mudança de paradigma não é tão simples assim. O Poder Judiciário ainda encontra-se muito ligado ao paradigma paleo-positivista⁶⁹. Logo, considerando que para seguir uma regra é preciso interpretá-la, a problemática ainda está presente na aplicação do direito.

De fato, qualquer método interpretativo de um texto de norma não supre por si só as respostas que devem ser dadas pelos magistrados e ainda, podem ser guiadas, muitas vezes, para a resposta que o juiz deseja dar. Utilizando ou não os argumentos próprios do positivismo jurídico clássico, como, pureza, cientificidade e autonomia do direito.⁷⁰ Nesse sentido, ganha ainda mais importância o correto entendimento das

⁶⁸ ALVAREZ, A B., Jul/Dez 2006., p. 51.

⁶⁹ Termo utilizado por Luigi Ferrajoli em sua obra: *Diritto e Ragione – Teoria del Garantismo Penale*, terceira edição, Editora Laterza, 1996.

⁷⁰ POSNER, R. 2009, 627 p.

premissas da Análise Econômica do Direito em Richard Posner. Isso porque, a AED exige uma atuação diferenciada do Judiciário.

No sistema jurídico, assim como nos mercados, os indivíduos estão livres para analisarem o custo de seus atos, e decidirem se incorrerão em tais custos ou não.⁷¹ Porém, existem grandes diferenças entre os métodos de alocação de recursos, quando se compara o mercado com o sistema jurídico. O mais relevante, que abre caminho para que se compreendam os patamares de semelhança e de diferença entre esses dois sistemas é “[...] o fato de que o mercado é um mecanismo mais eficiente para a valoração de usos rivais.”⁷² Isso quer dizer que, quando se tem dois valores em conflito, o sistema de mercado é muito mais eficiente na valoração de qual deve ser aplicado. Isso porque, no mercado as pessoas devem abrir mão de determinados valores, através do dinheiro ou com outro tipo de sacrifício, que, para eles, é equivalente de oportunidades e alternativas. Já no direito, o que ocorre é completamente diferente, uma vez que, existe grande dificuldade de determinar os valores ou as preferências. Não, há (apenas em raros casos) análise de custo pelo Judiciário, quando decide um caso, nem mesmo se “[...] o acidente ter sido evitado a um custo menor que o custo esperado do acidente realizando outra atividade.”⁷³

Isso se dá, pois, os Tribunais não têm ferramentas de redistribuição de riqueza e, portanto, não estão possibilitados de optar, nesse sentido, pelo grupo de interesse que maximize a riqueza. Logo, o que devem fazer é agir em benefício de todos, para o interesse e maximização com uma visão global. Assim, “[...] será em benefício de todos os grupos de interesse que os tribunais, quando estão aplicando os princípios do direito comum antes que as leis regulamentares, se concentram no alargamento da torta.”⁷⁴

Esta transformação do paradigma de atuação do Judiciário se deu, em grande medida, pela transformação do direito em si. Ora, se o direito não tem fim em si, que se encontra na natureza ou é dado por um órgão

⁷¹ POSNER, R., 2007 (a), 1120 p.

⁷² POSNER, R., 2007 (a), p. 804-805, tradução livre de: “[...] *el hecho de que el mercado es un mecanismo mas eficiente para la valuación de usos rivales.*”

⁷³ POSNER, R., 2007 (a), p. 804-805, tradução livre de: “[...] *el accidente podría haberse evitado a um costo menor que el costo esperado del accidente realizando otra actividad.*”

⁷⁴ POSNER, R., 2007 (a), p. 808, tradução livre de: “[...] *será en beneficio de todos los grupos de interés que los tribunales, cuando están aplicando los principios del derecho común antes que las leyes reglamentarias, se concentren en el agrandamiento del pastel.*”

superior, devendo ser desvendado em seus códigos e cifras, ele deve ser entendido como um instrumento de transformação.

Portanto, com a aplicação da AED, nos parâmetros desenvolvidos por Richard A. Posner, o direito passa a ser um instrumento de maximização da felicidade, melhor compreendido, conforme já explicitado, de maximização da riqueza. Assim, o Poder Judiciário, antes de ser um mero reprodutor de precedentes ou simples voz da lei, deve encontrar um meio termo entre a ação política e a exclusiva aplicabilidade da letra da lei⁷⁵, seguindo, para esse fim, os pressupostos da eficiência e racionalidade econômica, em substituição àquele pressuposto ético de justiça.

⁷⁵ POSNER, R. 2009, 627 p.

3 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, enquanto um dos três poderes constituídos do Estado, passou por importantes modificações em sua trajetória até a época atual, atravessando três grandes períodos históricos no significado sociopolítico da função estatal: Estado Liberal, Estado-providência e Estado Atual ou Crise do Estado-providência.⁷⁶

O Estado Liberal teve sua história traçada no século XIX, antes da primeira grande guerra, período em que se fortaleceu e iniciou-se a aplicação da teoria da separação dos poderes. Nessa fase, ocorreu o fortalecimento do positivismo jurídico⁷⁷, apresentando-se um Poder Judiciário reativo, ou seja, baseado no princípio da inércia; conflitos *inter partes*, que não geravam decisões *erga omnes*, isto é, a decisão cabia somente às partes em litígio. A independência dos poderes dizia respeito à direção do processo decisório, adequando-se à dependência administrativa e financeira. Esse período caracterizou-se por um Poder Judiciário à margem dos debates sociais e políticos, traduzindo sua

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, 1996. Disponível em: <<<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>>>. Acesso em: 31/08/2011: “Distinguimos três grandes períodos no significado sociopolítico da função judicial nas sociedades modernas: o período do Estado liberal, o período do Estado-providência e o período atual, que, com pouco rigor, podemos designar por período da crise do Estado-providência.”.

⁷⁷ Nessa fase, o positivismo jurídico que se destaca é aquele que em sentido amplo se vincula à teoria monista de John Austin e Hans Kelsen, e em sentido estrito considera o direito independente de influências externas como culturais, éticas, políticas e até de cunho pessoal. Nesse sentido: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 276: “**Positivismo jurídico lato sensu**. Grupo de teorias que consideram o direito como conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos. O direito é definido com base em sua dependência de elementos metafísicos e tendencialmente imutáveis, tais como os mandamentos divinos ou os imperativos da razão humana.

Positivismo jurídico stricto sensu. Teoria do direito, pertencente ao positivismo jurídico *lato sensu*, segundo a qual a validade das normas jurídicas e sua interpretação independe de mandamentos e valores de origem moral ou política. Admite a tese da necessária separação entre direito e moral, assim como entre direito e política.”.

prática em rotineira, com tendências à corrupção e tecnicamente exigente.⁷⁸

O Estado na fase liberal se apresenta pela fórmula Hobbesiana⁷⁹. Isto quer dizer que corresponde à instância axiológica da refundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade. Com o surgimento deste princípio e sua aplicação – traduzida nas codificações⁸⁰ - uma norma jurídica passou a ser válida não pelo seu conteúdo ou por ser justa, mas sim, exclusivamente, por ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. Neste caso, o legislativo.⁸¹

Com isso, a ciência do direito deixa de ser imediatamente normativa para ser cognitiva. Isto é, explicativa de um objeto: o direito

⁷⁸ SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J.; 1996, p. 34: “Podemos, pois, concluir que, nesse período, a posição institucional dos tribunais os predispôs uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente frouxa, inclinada a traduzir-se em rotinas e, por consequência, a desembocar numa Justiça trivializada. Nessas condições, a independência dos tribunais foi o outro lado do seu desarme político. Uma vez neutralizados politicamente, os tribunais independentes passaram a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantirem que a produção legislativa destes chegava aos cidadãos ‘sem distorções’.”

⁷⁹ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁸⁰ Nesse sentido, alguns exemplos são o Código Napoleônico de 1804, e no Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Comercial de 1850.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

positivo.⁸² Portanto, o direito se submete somente à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação.⁸³

Posteriormente, com o advento do Estado-providência⁸⁴, ocorreu o colapso da teoria da separação dos poderes devido à governamentalização da produção do Direito. Gerou-se, assim, um caos normativo com uma explosão legislativa e uma jurisdicionalização generalizada da realidade e da justiça. Além disso, foi nessa época que se emanaram as conquistas legais de âmbito individual e coletivo. Assim, houve o choque entre os litígios individuais e os litígios coletivos, pois, a forma de tratamento passou a ser a mesma, mas, necessitava-se de uma estrutura de atendimento diferenciada.⁸⁵

⁸² FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito: Os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 27: “Ou seja, uma concepção de direito como um sistema jurídico inequívoco, completo e capaz de desenvolver a partir de si próprio novos conceitos e novas categorias normativas para novas constelações de casos – o que faz com que a interpretação do direito tenha um caráter estritamente cognitivo. Isto porque os juízes somente teriam o trabalho de, com auxílio de um ‘método lógico, derivar por dedução a decisão relativa a um caso concreto do sistema de conceitos jurídicos; rigorosamente vinculados a esse sistema, na medida em que são obrigados a tomar os conceitos da jurisprudência como base para a dedução das normas e para a subsunção de fatos, os magistrados terminam desta maneira convertido numa espécie de ‘porta-vozes da lei’.”.

⁸³ FERRAJOLI, L. 2003. p. 17: “Se trata de uma mudança que se atém à forma, mais que ao conteúdo da experiência jurídica. Se compararmos o código civil de Napoleão ou o código civil italiano com as Instituições de Gaio, as diferenças substanciais podem parecer relativamente escassas. O que muda é o título de legitimação, que já não é a autoridade dos doutores, se não a autoridade da fonte de produção, na verdade, se não a legalidade; não a substância, quer dizer, a intrínseca justiça, se não a forma dos atos normativos.”. Tradução livre de: “*Se trata de un cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si comparamos el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las Instituciones de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos.*”.

⁸⁴ Esta nomenclatura é adotada especialmente por Boaventura de Sousa Santos. Alguns doutrinadores como Paulo Bonavides, se referem a esta fase do Estado como Estado Social, em contraposição ao Estado Liberal.

⁸⁵ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O Poder Judiciário na virada do século**. Paradigmas de Atuação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 11.

Com a transição paradigmática ocorrida com o Estado-providência houve um aprofundamento da perda de coerência e da unidade do sistema jurídico. Isso ocorreu, em especial, por dois motivos: desregulamentação da economia e busca de uma regulamentação transnacional devido à globalização⁸⁶, chamada nova *lex mercatoria*.⁸⁷

Em que pese a importância da percepção do percurso histórico traçado, é essencial destacar que o desenvolvimento do Poder Judiciário não se deu igualmente em todos os países. Os Tribunais nos “países periféricos”⁸⁸, não passaram pelas mesmas etapas que nas transformações verificadas nos países desenvolvidos. Isso se deu, em especial, pelas graves quebras democráticas, o que fez com que o Poder Judiciário ultrapassasse determinada fase de evolução histórica, pela qual passaram normalmente os países desenvolvidos.⁸⁹

Desta forma, com a transição paradigmática do Estado, se encontram dois pontos de crise: um ponto interno, no qual o Estado, devido ao seu atrasado desenvolvimento não mais responde adequadamente aos anseios da sociedade, diminuindo cada vez mais sua função. E um ponto externo, que se dá com o surgimento de novos pólos de poder, que influenciam cada vez mais o cumprimento das funções atribuídas ao Estado. Conforme bem expõe Luigi Ferrajoli:

O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais

⁸⁶ Segundo Danilo Zolo, influenciado pelo pensamento de Luciano Gallino pode-se compreender globalização como sinônimo de universalismo de mercado, com tendência à unificação econômica e movida, sobretudo, pelo desenvolvimento tecnológico das últimas décadas.

⁸⁷ SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J.; 1996, p. 37: “Mas o processo de desregulamentação é contraditório, na medida em que a desregulamentação nalgumas áreas foi levada a cabo de par com a regulamentação acrescida de outras e, na grande maioria dos casos, a desregulamentação foi apenas parcial. Acresce que, paradoxalmente, depois de décadas de regulação, a desregulamentação só pode ser levada a cabo mediante uma produção legislativa específica e por vezes bastante elaborada. Ou seja, a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e portanto uma sobrecarga legislativa adicional.”

⁸⁸ Optou-se por manter o termo “países periféricos” por ser o termo utilizado por Boaventura de Sousa Santos, embora hoje possa sofrer críticas. Atualmente fala-se em países em desenvolvimento.

⁸⁹ SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J., 1996

(a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade -, que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna.⁹⁰

Como se vê, a crise que aqui se busca analisar, ou seja, a crise do Poder Judiciário é na realidade um dos reflexos de uma ‘grande’ crise. Esta dita ‘grande’ crise está abrangida por crises econômicas e democráticas, ou seja, crises do Estado Democrático de Direito, que se configuram como um complexo muito maior que a discussão exclusiva da atuação jurisdicional.⁹¹

Assim, embalados pelo agravamento da crise que assolava o Poder Judiciário, tornaram-se cada vez maiores as críticas lançadas ao ultrapassado sistema de justiça de busca pela lógica formal. Isso ocasionou o alargamento do diapasão entre juristas que defendem o ‘antigo’ sistema e os profissionais que, com uma visão diferenciada, buscam a reformulação do Poder Judiciário.

Com isso, a crise que assola o Estado Democrático de Direito, e que reflete graves consequências no Poder Judiciário, pode ser resumida, de forma singela, em três principais tópicos:

- a) Crise institucional: Relativa à tripartição de poderes. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário ganhou independência administrativa e

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Caccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 48.

⁹¹ FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, 86 p. Disponível em <<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia/monografia03.pdf>>>. Acesso em: 06/09/2010.

financeira, porém, com o aumento do Poder Executivo e Legislativo, o Judiciário passou a ser o responsável por dirimir os conflitos insurgentes entre esses dois poderes. Assim, o Judiciário passou a ter uma ação verdadeiramente política, mas ainda acostumado a decidir com base em leis já formuladas;⁹²

- b) Crise estrutural: Se refere ao número de magistrados por número de habitantes e, também, à grande proliferação dos cursos de Direito na década de 70, sem preocupação com a qualidade dos cursos;
- c) Crise de procedimentos: Necessidade de modificações processuais para resolver a questão da morosidade, entre outros problemas que assolam o Poder Judiciário.⁹³

Com esta perspectiva é que, a partir de agora, sabendo, em linhas gerais, das transformações que o Poder Judiciário passou em seu percurso histórico, se pode analisar as transformações implementadas na tentativa de superação da crise.

3.1 ANTECEDENTES À REFORMA: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como se demonstrou, o desenvolvimento histórico do Poder Judiciário, enquanto um dos três poderes constituídos do Estado, está diretamente ligado ao desenvolvimento do próprio Estado Democrático

⁹² SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes**. Revista USP 21, mar/abr/mai 1994, disponível em: <<<http://www.usp.br/revistausp/21/04-sadek.pdf>>> Acesso em 04/09/2011, p. 37: “Há aí uma tensão. Se decidir politicamente em detrimento da supremacia da constituição ou da obrigatoriedade das leis, é acusado pelos especialistas do direito de estar pondo em risco a estabilidade do ordenamento jurídico. Se decide juridicamente em detrimento dos objetivos do governo, é acusado de estar pondo em risco a estabilidade política e a própria governabilidade do país.”.

⁹³ SADEK, M. T.; ARANTES, R. B., mar/abr/mai 1994, p. 41: “Eloquentes exemplos dessa desformalização são o processo individual do trabalho, os juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e para infrações penais de menor potencial ofensivo, a tendência para procedimentos simplificados (como rito sumaríssimo) certas técnicas abreviadas como o julgamento antecipado da lide, bem como toda tendência contemporânea no sentido de reservar às formas sua função de garantia, sem prejuízo da celeridade e simplificação dos procedimentos (Ada P. Grinover).”.

de Direito, que, por sua vez, teve um desenvolvimento tardio nas sociedades periféricas, dentre as quais o Brasil. Isso influenciou, também, no atrasado desenvolvimento dos estudos a respeito do Poder Judiciário.

De fato, a discussão social a respeito do sistema de justiça iniciou com Rui Barbosa e o ‘bacharelismo’, baseado num legalismo exacerbado. Posteriormente, passou a ser criticado pelos defensores da chamada doutrina ‘sociológica’ e ‘realista’, que tinham como enfoque a busca por um Estado nacional que concentrasse poder no Executivo – totalitarismo legalista -. Isso influenciou para que o Judiciário se desclassificasse de um poder estatal para um garantidor das igualdades formais.⁹⁴

Na redemocratização de 1945 pouco mudou e o campo de estudo continuou voltado ao executivo. Tinha-se a ideia de que o crescimento se daria com um poder centralizador forte; porém, surgiram estudiosos que iniciaram uma análise do Judiciário e se preocuparam com a legalidade democrática e as instituições. Ainda assim, foi nessa fase que os resquícios da oligarquia transformaram-se no coronelismo⁹⁵, que influenciou o Poder Judiciário brasileiro, inclusive os Tribunais Superiores.⁹⁶

Posteriormente, com a quebra democrática de 1964, a desconsideração das instituições e da legalidade tomou novo fôlego. Ainda assim, foi nessa fase que se iniciaram as primeiras críticas ao sistema de justiça⁹⁷. Tais estudos críticos ganharam espaço,

⁹⁴ SADEK, Maria Tereza. **Estudo sobre o Sistema de Justiça**. In: MICELI, Sergio (org.). *O que ler na ciência social brasileira*. São Paulo: ANPOCS; Ed. Sumaré; CAPES v. IV, 2002.

⁹⁵ SADEK, M. T., 2002. p. 241: “O compromisso coronelista é entendido como o resultado e também como potencialidade de provocar consequências nas relações entre a magistratura e a política.”

⁹⁶ KOERNER, Andrei. **O Poder Judiciário no sistema político da primeira República**. In: Revista da USP, Dossiê Judiciário, n. 21, mar/mai/94, p. 61: “A nomeação de um ministro para o STF poderia ser uma retribuição do presidente da República a um auxiliar por serviços prestados, ou parte de uma aliança entre facções. Estas duas hipóteses se verificam nas nomeações ocorridas no período de 1900 a 1911.”

⁹⁷ MICELI, Sergio (org.). **O que ler na ciência social brasileira**. São Paulo: ANPOCS; Ed. Sumaré; CAPES v. IV, 2002. p. 241: “Com a quebra da ordem democrática, em 1964, além de suas consequências nefastas para a vida social e política, deu mais fôlego à velha tendência de desconsiderar as esferas institucional e legal, apreendidas como reino dos meros formalismos. Em um

especialmente, a partir dos anos 70 e dentre os temas mais estudados estavam: sociologia jurídica; acesso à justiça; violência; vitimologia e política jurídica.⁹⁸

Em meados dos anos 70, com a evolução dos estudos críticos e sua preocupação com o sistema de justiça, iniciaram-se as buscas por alternativas ao positivismo dogmático e a aproximação do Poder Judiciário, enquanto um dos poderes soberanos do Estado.⁹⁹

Ainda assim, até a década de oitenta conseguia-se minimizar os efeitos da crise com a implementação de novas técnicas de funcionamento que, apesar de não serem ideais, conseguiam compensar o *déficit* operacional e atualizar, em certa medida, os diplomas legais ultrapassados. Porém, essas soluções eram apenas paliativas e, muitas vezes, acabavam por influenciar no agravamento da crise.¹⁰⁰

A Constituição de 1988 surgiu e foi discutida em um momento em que a visão de crise era justamente essa. Seu processo de construção se deu por caminhos muito tortuosos, caracterizados por constantes acordos, influências e conflitos entre dois grandes pólos, que podem ser distinguidos como pólo progressista e pólo conservador.¹⁰¹

regime autoritário, de fato, pouco significado teriam o sistema de justiça e a legalidade, tanto do ponto de vista intelectual como na prática. É, entretanto, no centro das resistências ao autoritarismos militar que começam a se desenvolver os primeiros estudos que, de alguma forma, tangenciam o sistema de justiça.”.

⁹⁸ SADEK, M. T., 2002.

⁹⁹ SADEK, M. T., 2002. p. 242: “A preocupação com os direitos humanos e com a redemocratização do país impulsionou os primeiros debates e estudos que, de alguma forma, apontam para a importância do sistema de justiça. Trata-se de esforços que, embora não estejam centrados ou tematizem o Judiciário e as demais instituições do sistema de justiça, discutem a justiça como valor, a cidadania, a igualdade perante a lei, a possibilidade de emancipação dos setores populares. Essas questões, de modo mais ou menos direto, atribuem valor à legalidade e às instituições judiciais.”.

¹⁰⁰ FARIA, J. E., 1995.

¹⁰¹ PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 – 1988**. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13: “[...] coalizão minoritária integrada pelas bancadas do PCB, PC do B, PDT, PSB e PT na ANC, pela fração (minoritária) de esquerda do PMDB, primeiro, e também pela bancada do PSDB, depois. Em conjunto com o líder da bancada do PMDB no período março de 1987/junho de 1988 e os liderados identificados com as propostas de alteração do *status quo*, serão designados como ‘bloco progressista’. [...]”

No campo oposto, situa-se o que chamei de ‘bloco conservador’ e, na fase final de *Centrão*, integrado pela fração majoritária da bancada do PMDB, usualmente

Com efeito, a Assembléia Nacional Constituinte (ANC) iniciou seus trabalhos em um contexto social e político extremamente conturbado.¹⁰² Tais problemas afetavam toda a estrutura do Estado e da sociedade brasileira. Relativamente ao Poder Judiciário, o agravamento da crise fez surgir, cada vez mais, críticas ao sistema de justiça da época, em busca de alternativas não só estruturais, mas do próprio paradigma de atuação do Poder Judiciário.

Destaca-se, nesse sentido, uma divisão interna entre os juristas, que passou a ocorrer desde o final dos anos 80, entre os defensores de uma transformação do Poder Judiciário com a tomada de ações em busca de uma nova hermenêutica interdisciplinar e complexa; e, por outro lado, os adeptos do ‘antigo’ sistema, que entendiam a possibilidade de neutralidade do jurista, que não poderia se misturar com o campo de trabalho das ciências sociais ou filosóficas, e que o direito, que teria um fim em si, é autônomo e independente. Nesse sentido, pode-se destacar a constatação realizada em 1992 por José Eduardo Faria. Ele afirma que essa divisão é formada por membros caracteristicamente semelhantes, sendo que os magistrados de primeira instância, na sua grande maioria, são os defensores do novo posicionamento do Poder Judiciário, um posicionamento politizado e interdisciplinar da interpretação da lei.

Ao nível das instituições judiciárias, principalmente no âmbito da primeira instância, onde se encontram os juízes que sofrem de maneira mais direta as pressões sociais e que vivem de modo mais profundo as tensões entre a racionalidade formal do mundo do direito, em sua linguagem técnica especializada, e a racionalidade material reclamada pelos movimentos populares, com seus discursos ético e político, a questão que reaparece é [...]: a capacidade de uma magistratura basicamente formada por atitudes, métodos e doutrinas de inspiração individualista de caráter formalista em mediar a diversidade sócio-econômica e a unidade jurídico-institucional numa

rebelde em face das orientações progressistas do líder, e pelas bancadas do PDS, PFL, PL e, salvo algumas questões pontuais, PDC e PTB.”.

¹⁰² PILATTI, Adriano, 2008, p. 22: “O jogo estava prestes a se iniciar num contexto marcado pela crise econômica, pelo crescimento das mobilizações sociais e por uma dúvida político-institucional: até quando se estenderia o mandato do presidente da República em exercício?”.

sociedade marcada não só por confrontos de interesses, mas também e principalmente, por conflitos de valores e modelos culturais excludentes, envolvendo sujeitos históricos novos e portadores de demandas e necessidades não enquadráveis nas tradicionais categorias a-históricas e nas generalizações abstratas do tipo de direito hoje vigente. Afinal, conforme foi visto ao longo destas páginas, se no plano mais geral do saber jurídico essa realidade vem eludindo nossos modos de percepção e nossos instrumentos de interpretação, obrigando-nos a forjar modelos capazes de colocar numa perspectiva ‘totalizadora’, em termos cognitivos, todas essas relações assimétricas, multiformes e reconhecidamente desprezadas pelas concepções positivistas, normativistas e legalistas de justiça, ciência, direito e interpretação, no plano mais específico do Judiciário ela coloca a magistratura diante do desafio de: (a) ver a si própria como catalizadora de estruturas sociais radicalmente contraditórias; (b) reconhecer a natureza não-racional da aplicação da lei; (c) identificar a incapacidade da ‘dogmática jurídica’ de oferecer esquemas interpretativos rigorosamente objetivos, imparciais e ‘universais’; e (d) substituir suas técnicas hermenêuticas de caráter lógico-dedutivo por abordagens mais abrangentes, de natureza problematizante e ‘construtiva’ – sempre na consciência do que, por causa da inequívoca dimensão política de todo ato adjudicante, os limites dos intérpretes não são apenas limites jurídicos, mas, igualmente, limite de fato.¹⁰³

A diferença entre os dois modelos de atuação – aqui assim divididos – ganhou ainda mais relevo, especialmente no caso brasileiro, com a redemocratização. Isso devido à conquista de novos direitos, o que ocasionou a ampliação das chamadas liberdades positivas, implicando um acréscimo de demandas jurídicas próprias de justiça distributiva¹⁰⁴.

¹⁰³ FARIA, J. E., 1992, p. 153.

¹⁰⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição**. Revista da USP, **Dossiê Judiciário**, n. 21, p. 27,

Este fator acrescentou graves problemáticas ao Poder Judiciário, uma vez que a atuação do Judiciário faz-se ainda sobre a visão do confronto de vontade, ou seja, no antigo paradigma paleo-positivista de análise de conflito *inter partes*, sem efeito *erga omnes*, com uma atuação tecnicamente exigente. Porém, os novos conflitos levados ao Judiciário, tratam de problemas de justiça distributiva que, exigem, necessariamente uma atuação política, papel que o Poder Judiciário tem dificuldade em implementar.¹⁰⁵

mar/mai/94: “Numa sociedade livre o bem comum não é a conservação da vida, coletiva e individual, com a possibilidade dinâmica de ser diferente. O bem comum é um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade atingir, por si mesmos, objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmo o(s) valor(es) em razão dos quais têm motivos para colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade. Numa sociedade de homens livres, o bem comum é também um processo pelo qual se desvalidam regras e normas, se questiona justiça do *status quo*, se alteram as categorias sociais criadas normativamente. Este conjunto de condições, possibilidades e instituições compõe o bem comum. A justiça distributiva é a regra, e a virtude de aplicação desta regra, segundo o qual os interesses particulares (de indivíduos de grupos, de classes, de corporações) são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível. [...] A justiça distributiva tem como seu objeto próprio bem comum, entendido já não de forma ontológica mas deontológica, procedimental. Justiça distributiva é a regra e a virtude da distribuição igual (proporcional) [...]”.

¹⁰⁵ FARIA, J. E., 1995, p. 59: “Por causa do peso de uma concepção exclusivamente negativa de liberdade, em sua formação cultural e em sua visão do mundo, os juristas, em sua maioria, revelam uma certa indecisão, ou uma significativa dificuldade na análise dos institutos jurídicos que organizam a ‘cooperação’ na vida social ou econômica. Um bom exemplo é o do ‘contrato de sociedade’. Aqui, ‘as regras do negócio social disciplinam a cooperação dos sócios, partindo do princípio de que o benefício de um é o de todos e o prejuízo de um é o de todos, de modo que certas regras são necessariamente excluídas. O contrato de sociedade é o oposto de uma compra e venda, tipicamente chamada de contrato de oposição. Nele, o interesse das parte é oposto (contrário): um quer desfazer-se de uma coisa, outro quer a coisa; um quer o maior preço possível, outro quer o menor preço possível. Na sociedade, os interesses não podem ser contrários, sob a pena de serem contraditórios: já que minha oposição (de sócio) é exatamente a mesma do outro, o benefício que desejo (o lucro, ou a atividade que só pode ser realizada em conjunto) para mim não posso desejar menos para o outro. Se assim faço, o que desejo, no fundo, é a exclusão do outro, ou o fim da sociedade. no fundo, são as regras do amor, (que intrinsecamente é não egoísta); são as regras da amizade, o que, aliás, levava Aristóteles a comparar justiça e amizade. Ora qualquer jurista discorre

E é justamente com essa perspectiva de crise, aqui destacada quanto ao Poder Judiciário, que se iniciaram os trabalhos da ANC.

A elevar a temperatura nos palácios e nas ruas, dois incidentes violentos, ocorridos no Rio de Janeiro, davam conta da tensão social existente. Em 25 de junho, véspera da entrega do Anteprojeto, o ônibus em que Sarney e comitiva cruzavam o centro da cidade foi cercado por manifestantes hostis, e uma das janelas foi atingida por objeto contundente. Em 30 de junho, um protesto contra um aumento de 50% das tarifas de ônibus, decidido por um incauto juiz estadual, deu lugar ao maior “quebra-quebra” já ocorrido na cidade, que se iniciou pela manhã e prolongou-se até a noite, deixando um saldo de dezenas de ônibus incendiados. Naqueles dias, manifestações de rua, pacíficas e de menos dimensão, mas sempre de descontentamento com o Governo federal e sua política econômica, atravessaram o País, do Rio Grande ao Acre: Porto Alegre, Curitiba, São Bernardo, Rio Branco. A possibilidade de aplicar a Lei de Segurança Nacional do regime militar contra os supostos autores do que o Palácio do Planalto apressou-se em qualificar como “atentado ao presidente”, vem como os índices de insatisfação popular então evidenciados, incendiaram os discursos progressistas e acautelaram as manifestações conservadoras na Constituinte.¹⁰⁶

Além de tais problemas de âmbito externo ao Parlamento, ou seja, da forte crise que assolava toda a estrutura política, administrativa e econômica da época, que influenciaram também no desenvolvimento dos trabalhos dentro da própria ANC. No âmbito interno da Assembléia Nacional Constituinte, também existiam graves problemas. De fato, internamente as votações e decisões foram complexas e problemáticas. No plano das discussões legislativas, os embates não eram travados exclusivamente no plano das questões de mérito. Os jogos de poder e de coalizão ditaram grande parte das decisões emanadas pela ANC.

facilmente sobre as regras os contratos de oposição; mas, e sobre as regras de cooperação?”.

¹⁰⁶ PILATTI, Adriano, 2008, p. 152.

É claro que tais constatações têm de ser matizadas pela especificidade do objeto e das coalizões ad hoc formadas nessa votação, mas o fato é que ela desencadeou um processo conflitivo que atravessou toda a Constituinte: as coalizões que se enfrentaram nas fases seguintes assumiam seus primeiros contornos, e o uso das táticas regimentais que caracterizam a “guerrilha parlamentar” anunciava-se intenso.¹⁰⁷

A ausência de discussões de mérito e do uso instrumental dos regimentos e de coalizão ficou ainda mais evidente, quando da votação e discussão de algumas questões de importante relevo para a sociedade. Um exemplo interessante é o que ocorreu na Subcomissão VIII-B – Ciência e Tecnologia e da Comunicação –, quando, em uma determinada votação para definir se uma emenda teria o caráter de aditiva ou substitutiva, o bloco progressista, ao perceber a maioria conservadora, retirou-se do Plenário, abandonando a votação que acabou por ser realizada e aprovada.¹⁰⁸

Na verdade o que se percebeu, em todo o processo decisório na ANC é que sempre que uma força se sentia diminuída e com risco de sair vencida, após tentativas de coalizões e acordos que restavam infrutíferos, a solução era se valer da “ação-obstrução” dentro da ANC. Para tanto se utilizavam de subterfúgios regimentais que possibilitavam discussões inócuas e meramente obstativas. Enquanto isso, algumas

¹⁰⁷ PILATTI, Adriano, 2008, p. 28.

¹⁰⁸ PILATTI, Adriano, 2008, p. 91: “O ponto máximo do conflito ocorreu a seguir, quando o presidente anunciou a votação de destaque da emenda de José Carlos Martinez. Caso fosse aprovada como substitutiva ao texto da relatora, resultaria em eliminação do Conselho Nacional de Comunicação, embora mantivesse a decisão final concessões de rádio e TV pelo Congresso Nacional. A relatora e o bloco progressista sustentaram que a emenda deveria ser votada como aditiva, mantendo-se o dispositivo que criava o Conselho, ou considerada prejudicada; o autor e o bloco conservador defenderam a votação da emenda como substitutiva ao dispositivo. O presidente considerou ser substitutiva a emenda destacada e o progressista Pompeu de Souza recorreu da decisão ao Plenário, que referendou a decisão do presidente por 11x1, registradas duas abstenções. A relatora recorreu da decisão da Subcomissão à Comissão de Sistematização, mas o presidente recebeu o recurso sem atribuir-lhe efeito suspensivo e pôs a emenda em votação. Nesse momento, a relatora e quase todo o bloco progressista abandonaram o Plenário. Realizada a votação, a emenda foi aprovada por 12 votos, com duas abstenções.”.

matérias importantes e necessárias à nação eram perdidas ou resumidas à troca de favores e de acordos de poder. Os corredores do Congresso Nacional ferviam de reuniões secretas e acordos inusitados.¹⁰⁹

As confusões, intrigas e discussões foram imensas no primeiro ano de ANC. Com a retomada dos trabalhos no ano seguinte, os problemas só se agravaram, o jogo político de troca de favores só expandiu e se fortaleceu. Por outro lado, nada mais era como antes. A ANC passou a sofrer uma forte influência de forças externas, que entravam por meio de seu forte *lobby* nas decisões, e a garantia de minorias muitas vezes era relegada a discursos meramente retóricos.¹¹⁰ O jogo continuou e o sistema apenas auxiliava o agravamento das crises sociais, econômicas e políticas da época.¹¹¹

¹⁰⁹ PILATTI, Adriano, 2008, p. 55: “Enquanto se fazia dos *projetos de decisão* ‘um cabo de guerra’, a estrutura e a abertura do processo de elaboração constitucional propriamente dito passavam incólumes pelo crivo conservador. Derrotados na luta pela extensão da soberania da ANC à intervenção imediata nas questões institucionais, os partidos de esquerda foram beneficiados com as prerrogativas regimentais de ação-obstrução, com a possibilidade de ter acesso a alguns cargos na estrutura descentralizada de elaboração constitucional, com a extensão e o detalhamento da respectiva agenda. Além disso e sobretudo a partir da apresentação do 1º Substitutivo, passaram a receber acenos explícitos de conjugação de forças com a ala esquerda do PMDB. De outra parte, a pulverização dos membros dos partidos de esquerda nos diversos foros criados não parecia facilitar sua interferência decisória.”

¹¹⁰ PILATTI, Adriano, 2008, p. 158/157: “[...] quando começaram as votações do 2º Substitutivo do relator na Comissão de Sistematização, houve importante mudança no que se refere aos atores do processo e à própria arena decisória. À margem das bancadas partidárias, novos grupos se formaram, disputando influência e voz no capítulo. A Comissão de sistematização não se transformou no foro efetivo de discussão e negociação, apesar de sua competência decisória. Além dos gabinetes da Presidência da ANC e dos líderes partidários, que vinham sendo *loci* efetivos de decisões importantes desde o início da Constituinte, dependências externas ao Congresso, cedidas ao relator e aos grupos transpartidários, sediavam as reuniões e os trabalhos mais profícuos.”

¹¹¹ PILATTI, Adriano, 2008, p. 147/148: “Entre 26 de junho, data de entrega do Anteprojeto de Constituição pelo relator da Comissão de Sistematização, e 18 de novembro, data de encerramento das votações daquela Comissão, a Constituinte viveu uma longa fase de agonia. Todas as perspectivas foram convulsionadas, todos os cronogramas foram desrespeitados, todos os conflitos recrudescentes. O cenário decisório foi marcado pelo agravamento das tensões sociais, políticas e econômicas. Houve uma potente mobilização do *partido da ordem* dentro e fora do Parlamento. O Governo Sarney e seu braço militar (ou o governo militar e seu braço civil? – a ver) entraram em rota de colisão com a

Os problemas de interferência externa, de conflituosidades entre os membros da ANC e dos acordos meramente formais, continuaram sempre em todas as fases do processo legislativo. O próprio Poder Executivo passou a ser acusado de influenciar, constantemente, nas discussões e decisões tomadas pela ANC.

O que se vê, de fato, é uma total despreocupação com o mérito. A discussão, para não se prolongar, acabava por ser decidida por meio de acordo e jogo de interesses. Nesse sentido, pode-se destacar, por exemplo, quando do início das votações em plenário, o bloco conservador sofreu uma derrota, com expressiva diferença. Isso forçou um acordo, no qual o bloco progressista aprovaria emenda do bloco conservador se este aceitasse alguma emenda do bloco progressista.¹¹²

Porém, ainda assim, é importante ver o lado positivo dessas negociações, pois,

Graças à dinâmica de negociações e acordos, através do uso intensivo das fusões de emendas e com o respaldo da Presidência da ANC, conteúdos

proeminência progressista na ANC. O PMDB quase implodiu na divisão entre conservadores e governistas, de um lado, e progressistas e opositores, de outro. A Convenção Nacional do partido tergiversou sobre a realização das eleições diretas para a Presidência da República, a legenda foi contaminada pelo desgaste do Governo, e seus dois principais líderes na Constituinte, Ulysses e Covas, baixaram hospital. Os progressistas obtiveram importantes vitórias. Parlamentares conservadores, Governo, patronato e patriciado se rearticularam. A expressão popular explodiu em quebra-quebras e vaias, brilhou na apresentação de emendas coletivas e aplacou-se em desmobilização. O empresariado conspirou, o governo aliciou, a mídia esculachou, a transição tremeu, a Constituinte atolou. Quando dezembro chegou, nada mais era como antes.”.

¹¹² PILATTI, Adriano, 2008, p. 237: “A derrota inesperada forçou o *Centrão* a negociar. Os progressistas tinham demonstrado seu poder de veto em sessão do quórum relativamente alto e exigiam contrapartida para a aprovação da proposta na segunda votação prevista pela R-3/88. O que os progressistas queriam era o compromisso do *Centrão* em aprovar fusão de emendas para incluir, no dispositivo que consagrava o princípio da soberania popular, a participação direta dos cidadãos no exercício do poder, ao lado da representação popular. E conseguiram: no dia seguinte, ao encaminhar a favor do substitutivo do *Centrão* na segunda votação, Mário Covas, José Genoíno e Bonifácio de Andrada fizeram expressa alusão ao acordo, e este último confirmou o compromisso de aprovar a fusão de emendas da participação popular. Feito o acordo, a aprovação foi tranquila: 485x15 e duas abstenções.”.

altamente polêmicos nas fases anteriores – como definição de empresa nacional, exploração mineral, monopólios estatais sobre telecomunicações, petróleo, gás, minérios nucleares, mercado interno, tecnologia e concessões de rádio e TV – puderam ser incorporados ao novo texto constitucional com pouquíssimos enfrentamentos pontuais entre progressistas e conservadores.¹¹³

A briga de poder girava, também, em torno da conquista de parlamentares indecisos ou de menor representação que, muitas vezes, ficavam às margens das comissões e discussões mais relevantes. Esse é um fator que influenciou também o processo decisório, pois, em determinados momentos estavam, esse chamado por Adriano Pilatti de “*baixo clero*”, seduzidos pelo bloco progressista e ora pelo bloco conservador. Em verdade, a real sedução fugia muito da temática trabalhada. Ela se dava, em verdade, na possibilidade de se fazer ver e engajar-se nos processos de discussão e decisão mais importantes.¹¹⁴

Tais problemas nas discussões da ANC ocasionaram algumas disposições constitucionais confusas. Pode-se destacar a mudança atribuída ao exercício do Poder Judiciário, relativamente à sua independência com os outros poderes. Isso porque, o poder atribuído ao Judiciário pela Constituição Federal de 1988 fez com que ele passasse a ser o responsável pelos conflitos emergentes entre os Poderes Legislativo e Executivo. Porém, o Judiciário, mais uma vez, diante do seu despreparo, encontrou-se perplexo diante deste novo papel.

¹¹³ PILATTI, Adriano, 2008, p. 283.

¹¹⁴ PILATTI, Adriano, 2008, p. 313/314: “Reorganizado com quase tardio, mas sem dúvida notável profissionalismo, o bloco conservador aproveitou-se de novo surto de descontentamento do *baixo clero*, produzido pela marginalização, pelo anonimato e pela ociosidade a que estivera relegado durante os trabalhos da Comissão de Sistematização, bem como pelos resultados ali alcançados pelo bloco progressista, que não se afeioavam aos compromissos conservadores da maioria. Ao empolgar e engajar o *baixo clero* em pretensa mobilização por maior participação, o *Centrão* fez o presidente da ANC, o líder do PMDB e a minoria progressista se curvarem diante das lideranças conservadoras, e conseguiu “zerar” o jogo decisório na antevéspera de seu término previsto. A alteração regimental obtida e a maioria enfim reunida pareciam garantir aos líderes do *Centrão* pleno controle sobre os resultados finais.”.

[...] o fato é que essa perplexidade do Judiciário o tem levado a agir de modo desconectado tanto com os imperativos e o tempo da racionalidade econômica quanto com o *ethos* e a lógica do processo parlamentar.¹¹⁵

Com isso, após a Constituição Federal de 1988, que indicou para um apoderamento do Poder Judiciário dando-lhe ainda mais responsabilidades e funções no Estado Brasileiro, mas que, por outro lado, manteve os problemas já existentes, a problemática se agravou. A partir dos anos 90,

[...] sistemas se tornaram disfuncionais, ao mesmo tempo, alimentando-se recíproca e continuamente numa sequência irracional que liquida com o equilíbrio dos poderes, sobrepõe as estruturas burocráticas, fragmenta a lógica de ação das instituições, explode a unidade do ordenamento jurídico e compromete o ‘sentido de identidade coletiva’ de toda a sociedade, convergindo para duas novas enormes crises: a) no plano institucional, uma crise de racionalidade decisória, provocada pela confluência dos *déficits* de representatividade do sistema político e da eficiência do sistema econômico; b) no plano sócio-econômico, uma crise de hegemonia, formada pela confluência dos *déficits* de integração e motivação dos sistemas social e cultural, respectivamente, e expressa pela ausência de projetos políticos de mudança e transformação capazes de obter um mínimo de consenso e apoio entre os diferentes segmentos e setores da sociedade.¹¹⁶

O certo é que, com a promulgação da Constituição de 1988, o bloco conservador não conseguiu manter muitos dos seus anseios. Precisaram de mais seis anos para implementar no que se pode chamar de terceiro turno, as mudanças tão desejadas.

Entre 1990, com o abortado “Emendão” proposto pelo infausto presidente Fernando Collor, e 1994,

¹¹⁵ FARIA, J. E., 1995, p. 16.

¹¹⁶ FARIA, J. E., 1995, p. 18.

com a naufragada revisão formal, não foram poucas as tentativas conservadoras de reformá-la, até que a reforma efetivamente se consumasse – senão para todos os conteúdos alérgenos à sensibilidade conservadora, ao menos para a maior parte dos êxitos progressistas aqui focalizados – em 1995, no “terceiro turno” ocorrido durante o Governo Fernando Henrique e sob patrocínio deste, talvez em renovado acerto de contas com o próprio passado, talvez estimulado pelo ressentimento resultante da derrota na eleição para relator do texto Constituinte.¹¹⁷

A partir de agora, cientes da incapacidade da ANC na implementação de transformações e soluções para o Poder Judiciário, podemos analisar o processo reformador do Estado brasileiro ocorrido após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Dentre eles, merecem destaque as Emendas Constitucionais nº 19 de 1998 e nº 45 de 2004.

3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19 DE 1988: A REFORMA GERENCIAL

O Brasil passou por diversos processos reformadores em sua estrutura político administrativa. Desde a década de 30, tem se repensado e buscado atualizar os papéis e responsabilidades do Estado, enquanto ente regulador e administrativo da sociedade.

Nos últimos anos, especialmente a partir da década de 60, esses processos reformadores ganharam nova feição. Muito influenciados por correntes e doutrinas neoliberais, passaram a ser conhecidos e implementados como reforma gerencial.

Tais transformações eram vistas como essenciais para a evolução do Estado e da administração pública. Isso porque, a administração pública era caracterizada como uma administração burocrática¹¹⁸. Suas

¹¹⁷ PILATTI, Adriano, 2008, p. 315/316.

¹¹⁸ Neste trabalho compreende-se por burocracia aquela atividade baseada nos seguintes princípios, quais sejam: da generalidade; da imparcialidade; da racionalidade; da eficiência e da impessoalidade. Segundo SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 162: “Em base a tais princípios podemos dar uma definição: *A burocracia é a organização racional, formalizada e centralizada de uma série de recursos e materiais, para obter a*

características básicas eram, em resumo, um sistema fechado, hierarquizado e centralizado. Além disso, não havia, naquela fase, nenhum tipo de questionamento sobre os resultados e respostas aos serviços requisitados; as preocupações e interesses se limitavam ao respeito procedimental, o que afastou, cada vez mais, a administração pública do cidadão, seu administrado.¹¹⁹

Assim, a transformação dessa antiga administração burocrática para uma administração gerencial tinha por escopo, garantir o respeito dos anseios sociais por parte do Estado. Visava, ainda, respeitar e defender uma sociedade plural, garantindo e defendendo os interesses de todos, inclusive das minorias.¹²⁰ Há, nesta nova fase, uma abertura e transformação da administração pública, que se dá com a implementação de algumas características do mercado. Neste novo

máxima eficácia, por meio de regras e procedimentos gerais de aplicação uniforme. O fim principal da burocracia é a eficiência. A racionalidade é intrínseca à burocracia e resulta da adequação da organização à consecução dos fins estabelecidos.”.

¹¹⁹ SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003, p. 165/166: “No que toca à *Administração Pública Burocrática*, esta surgiu na época do Estado Liberal, mais precisamente na segunda metade do século XIX, tendo por finalidade combater o nepotismo e a corrupção inerentes à administração patrimonialista. Possui os seguintes princípios orientadores, dentre outros: a) profissionalização; b) a ideia de carreira; c) hierarquia funcional; d) impessoalidade; e) formalismo.

Tais princípios podem ser sintetizados no chamado *poder racional legal*. Nesse tipo de administração, foi instituído o controle administrativo *a priori*, ou seja, para evitar a corrupção e o nepotismo, inicia-se o controle, partindo-se da desconfiança nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Daí a razão pela qual se buscam controles rígidos dos processos, como por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas.”.

¹²⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica**. In: Revista Jurídica Virtual. vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>> Acesso em 18/10/2011: “Já a administração pública gerencial surgiu tendo por fundamento uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, que pensa na sociedade como um campo de conflitos e incertezas, na qual os cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas. Neste modelo de administração pública, as concepções da sociedade devem ser levadas em conta para que seus interesses sejam respeitados pelo Estado.”.

sistema surge uma administração mais flexível, aberta, e agora, preocupada com o resultado *a posteriori* e não com o procedimento adotado. Suas principais características são:

(2) descentralização administrativa, pela da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal; (4) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar; (5) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (6) definição dos objetivos a serem atingidos na forma de indicadores de desempenho sempre que possível quantitativos, que constituirão o centro do contrato de gestão entre o ministro e o responsável pelo órgão que está sendo transformado em agência; (7) controle por resultados, *a posteriori*, em vez do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (8) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida.

Mais amplamente, a administração pública gerencial está baseada em uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, enquanto que a administração pública burocrática tem um vazo centralizador e autoritário. Afinal o liberalismo do século XIX, no qual se moldou a forma burocrática de administração pública era um regime político de transição do autoritarismo para a democracia. Enquanto a administração pública burocrática acredita em uma racionalidade absoluta, que a burocracia está encarregada de garantir, a administração pública gerencial pensa na sociedade como um campo de conflito, cooperação e incerteza, na qual cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas, que afinal se expressam na administração pública. Nestes termos, o problema não é o de alcançar a racionalidade perfeita, mas definir instituições e práticas administrativas suficientemente abertas e transparentes de forma a garantir que o interesse coletivo na produção de

bens públicos pelo Estado seja razoavelmente atendido.¹²¹

Como exemplo inicial desse processo de reforma gerencial, cita-se o Decreto-Lei n. 200 de 1967¹²². Este foi um dos primeiros processos reformadores que buscou, em tese, a implementação da eficiência no âmbito da administração pública.

Porém, o seu surgimento não foi totalmente positivo. De fato, este primeiro processo de reforma gerencial ocasionou alguns resultados desfavoráveis, uma vez que as reformas eram apenas em pontos periféricos da administração. Assim, por deixar de se preocupar com algumas questões essenciais, impossibilitou a transformação da administração central. Que continuou burocrática e despreocupada com seus resultados. Portanto, foi uma reforma incompleta, o que, de certa forma, agravou ainda mais a situação problemática da administração pública.¹²³

Desta maneira, a reforma administrativa embutida no Decreto-Lei 200 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se inicia já em meados dos anos 70, agrava ainda mais a situação da administração pública, na medida que

¹²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. Para uma nova interpretação da América Latina. Trad. Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 272/273.

¹²² BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>>. Acesso em 17/12/2011.

¹²³ SILVA, C. O. P., maio 1999: “Muito embora não se possa negar a expansão da administração pública implantada pelo Decreto-lei 200, este diploma teve duas consequências inesperadas e indesejáveis: de um lado, permitiu a contratação de servidores sem concurso público, facilitando a sobrevivência de práticas patriarcalistas e nepotistas; de outro, não se preocupou com mudanças na estrutura da administração direta ou central, não conferindo a devida importância para as carreiras de altos administradores, bem como deixando de considerar os funcionários públicos como profissionais engajados no mercado de trabalho. Com esta prática, como seria previsível, a reforma administrativa embutida no Decreto-lei 200 ficou pela metade e acabou por fracassar.”.

a burocracia estatal é identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração.¹²⁴

Após o Decreto-Lei 200 de 1967, não houve avanços. Isso porque, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as mudanças exercidas pelo Decreto-Lei 200 foram abandonadas. Em razão disso, ainda que os processos transformadores fossem incipientes, houve um claro abandono de suas premissas, regredindo-se, para a antiga e clássica administração burocrática, agravando-se ainda mais a crise Estatal brasileira.¹²⁵

Com o passar dos anos, a crise se agravou, assim como o descontentamento dos administrandos para com os serviços prestados pela administração pública. Em razão disso, se tem procurado transformar seus parâmetros e paradigmas de atuação. Porém essa transformação não se deu com rapidez.

Isso porque, a percepção de que o Estado encontrava-se inserido em uma crise, se deu com surpresa.¹²⁶ De fato, a percepção de que se estava inserido em uma crise que atingia todo o Estado ocorreu, em grande medida, em razão do processo de globalização. Esse passou a

¹²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração Pública Burocrática à Gerencial**. In: Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, volume 120, n.1 jan/abr: 1996. Disponível em: <<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>>. Acesso em 04/11/2011. p. 07

¹²⁵ PEREIRA, L. C. B., 1996, p. 271: “A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto e a administração pública brasileira passa a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo. As consequências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira.”

¹²⁶ PEREIRA, L. C. B., 1996, p. 272: “No Brasil, a percepção da natureza da crise e, em seguida, da necessidade imperiosa de reformar o Estado ocorreu de forma acidentada e contraditória, em meio ao desenrolar da própria crise. Entre 1979 e 1994 o Brasil viveu um período de estagnação da renda per capita e de alta inflação sem precedentes. Em 1994, finalmente, estabilizaram-se os preços através do Plano Real, criando-se as condições para a retomada do crescimento. [...], a causa fundamental dessa crise econômica foi a crise do Estado - uma crise que ainda não está plenamente superada, apesar de todas as reformas já realizadas. Crise que se define como uma crise fiscal, como uma crise do modo de intervenção do Estado, como uma crise da forma burocrática pela qual o Estado é administrado.”

exigir da administração sua inserção no mercado competitivo.¹²⁷ Somente a partir disso é que entraram em cena os processos reformadores que culminaram, nas propostas de reforma administrativa que, posteriormente, se tornaram a Emenda Constitucional n. 19 de 1998.

A EC 19/98 é, na verdade, uma parte do grande processo de reforma gerencial, que visava transformar a ultrapassada administração burocrática em administração gerencial. É com esta perspectiva que surge a reforma administrativa implementada. Portanto, não se pode dizer que esta emenda constitucional foi um rompimento com o processo de transformação que já se vinha implementando desde a década de 60. Por outro lado, também não se pode afirmar que é uma continuidade lógica daquele. Isso porque, aquele processo não se preocupou com a transformação da administração pública direta, o que agora passa a ser o tema central de preocupação.

Entretanto, a reforma gerencial efetivada com a criação da EC 19/98, se deu com bastante dificuldade. Com efeito, em um primeiro momento uma das estratégias utilizadas foi a desconstitucionalização.¹²⁸

¹²⁷ PEREIRA, L. C. B., 1996, p. 269: “A reforma do Estado, que se tornou tema central nos anos 90 em todo o mundo, é uma resposta ao processo de globalização em curso, que reduziu a autonomia dos Estados de formular e implementar políticas, e principalmente à crise do Estado, que começa a se delinear em quase todo o mundo nos anos 70, mas que só assume plena definição nos anos 80. No Brasil, a reforma do Estado começou nesse momento, em meio a uma grande crise econômica, que chega ao auge em 1990 com um episódio hiperinflacionário. A partir de então a reforma do Estado se torna imperiosa. [...], ajuste fiscal, a privatização e a abertura comercial, que vinham sendo ensaiados nos anos anteriores, são então atacados de frente. A reforma administrativa, entretanto, só se tornou um tema central no Brasil em 1995, após a eleição e a posse de Fernando Henrique Cardoso. Nesse ano ficou claro para a sociedade brasileira que essa reforma tornara-se condição, de um lado, da consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro, e, de outro, da existência no país de um serviço público moderno, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos.”.

¹²⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995.** In: Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, Ano 50, n. 4, out.-dez. 1999. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2691&Itemid=129>>. Acessado em 04/11/2011. p. 15: “Frente a uma constituição extremamente detalhada, a melhor forma de emendá-la é eliminar dispositivos específicos e substituí-los, se necessário, por princípios gerais. É o que fizeram os autores da emenda da previdência social. É o que resolvi fazer,

Porém, com o desenvolvimento dos trabalhos e estudos, percebeu-se que esta estratégia era equivocada, uma vez que poderia dificultar as discussões e a sua aprovação, tendo em vista que trazia diversos conceitos ainda recentes no raciocínio público-administrativo nacional. Assim, se passou a explicar, de forma clara, os pressupostos da reforma administrativa, e tudo o que influenciava a mudança do paradigma trazido pela Constituição Federal de 1988.¹²⁹

A reforma administrativa implementada pela EC 19/98, portanto, pretendeu ser mais um passo na transformação do antigo Estado burocrático, adotando o modelo de resultados. Isso quer dizer que, a preocupação central mudou o foco, pois, abandonou-se a exacerbada proteção aos procedimentos para preocupar-se com resultado, ou seja, o fim de determinada atividade. Nesse sentido, especial ponto mereceu a implementação do princípio da eficiência¹³⁰ no interior da administração pública, inserindo a administração pública na lógica do mercado.¹³¹

quando sentei pela primeira vez com três membros da minha equipe para começar a tarefa de emendar o capítulo da Constituição de 1988 relativo à administração pública.”.

¹²⁹ PEREIRA, L. C. B., Out.-Dez. 1999, p. 15/16: “A decisão de abandonar a desconstitucionalização e optar por uma emenda tão ou mais detalhada do que o texto original foi crucial. Impediu que o relator da reforma administrativa no Congresso (os relatores têm um poder imenso na aprovação de emendas constitucionais) fizesse o mesmo que o relator da reforma da previdência social, alguns meses depois. Como os autores do projeto haviam optado pela desconstitucionalização, esse relator declarou que o governo estava pedindo um cheque em branco do Congresso, e resolveu fazer o que lhe parecia óbvio, a ele e à maioria dos seus colegas do Congresso: preencheu o cheque. Ao fazê-lo desfigurou a reforma, reintroduzindo no texto constitucional todos os privilégios (direitos) que a reforma tencionava eliminar. Ficou claro para mim meses antes de que isto acontecesse com a reforma da previdência social, que eu não poderia sofrer esse risco. A emenda teria que ter uma estrutura clara, destinada a produzir mudanças graduais e razoáveis. Cada artigo, cada parágrafo seriam escritos da forma mais precisa e claramente fundamentada possível. Essa é provavelmente a principal razão pela qual o Congresso introduziu apenas algumas modificações menores na proposta original. A substância da emenda permaneceu intacta e, após um longo e difícil debate, foi aprovada.”.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117/118: “Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o

São perspectivas da EC 19/98, ao menos quando da sua proposta:

[...] a flexibilização da estabilidade, o fim do regime jurídico único, o fim da isonomia como preceito constitucional, o reforço dos tetos salariais, a definição de um sistema de remuneração mais claro, a exigência de projeto de lei para aumentos de remuneração nos três poderes - sejam aprovadas, não apenas abre-se espaço para a administração pública gerencial, mas também a sociedade e seus representantes políticos sinalizam seu compromisso com uma administração pública renovada, com um novo Estado moderno e eficiente.¹³²

De fato, é este o grande giro empreendido com a reforma gerencial: a mudança do ponto de análise da administração pública, que

fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo [...] o princípio da “boa administração”.”

¹³¹ SILVA, C. O. P., maio 1999: “Dessa forma, retomando a reflexão sobre os problemas da administração pública, a reforma administrativa ora sob comento tomou fôlego com o objetivo de promover e estimular, principalmente, a eficiência dos serviços prestados aos cidadãos pela administração pública procurando, de um lado, viabilizar o fortalecimento da administração pública direta (que faz parte do chamado “núcleo estratégico do Estado”) e, de outro, descentralizar as atividades não-exclusivas ou privadas do Estado. (chamado de “serviços não-exclusivos e produção para o mercado”), através das agências autônomas e das organizações sociais controladas por contratos de gestão.

Nesses termos, a reforma administrativa inaugurada juridicamente pela Emenda nº 19/98 não pode ser considerada centralizadora (como foi a de 1936) ou descentralizadora (como pretendeu ser a de 1967). Também não pode ser taxada de contra-reforma ao modelo instaurado pela Constituição de 1988. Na verdade, a sua pretensão não é a de continuar o processo cíclico que caracterizou o desenvolvimento da administração pública brasileira, a qual sempre alternou períodos de centralização e descentralização, mas, sim, a de fortalecer a competência administrativa do centro de direção administrativa do Estado brasileiro e estimular a autonomia das agências e das organizações sociais (entidades periféricas da administração pública).”.

¹³² PEREIRA, L. C. B., 1996, p. 287

abandona a antiga lógica positiva de procedimentalismo exacerbado, para adotar a nova lógica de análise dos resultados. Com isso, a partir da reforma gerencial do Estado, o fim é o que mais conta, isto é o resultado.

Isso abre espaço para o surgimento de uma nova administração pública mais frouxa tecnicamente, ou seja, mais flexível e com ênfase na eficiência¹³³.

Hoje, a crítica à administração burocrática tradicional prescinde das divisões político-ideológicas: questiona o Estado tutelador, executor direto e onipresente, mas ineficaz no seu desempenho, prisioneiro de estruturas burocráticas verticalizadas e orientadas pela cultura do controle, do formalismo e do tecnicismo burocrático. O novo Estado que desejamos será orientado pelo modelo da Administração Gerencial, mais ágil, flexível, com ênfase na eficiência, redução de custos, gestão flexível, participação e controle sociais.¹³⁴

Ocorre que, a aplicação de lógicas de competitividade, de análise custo/benefício, de eficiência, com o respectivo aumento da produtividade, isso é, de uma lógica essencialmente presente no mercado, traz algumas consequências na estrutura da administração. Dentre elas pode-se destacar: diminuição dos cargos “inativos”, ou seja, tendo em vista que o funcionalismo passa a ser avaliado pelo seu resultado, todos devem agir para garantir seu emprego; o trabalho torna-

¹³³ Esta eficiência que se passa a dar ênfase com a reforma gerencial, em que pese afirmação de doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, da necessidade de conjugação com o princípio da legalidade, passa, em verdade a assumir uma postura principiológica autônoma. Aproxima-se assim, cada vez mais, do conceito de eficiência, já destacado no capítulo 1, de Kaldor-Hicks, ou seja, uma análise de custo-benefício, independente da justiça, moral ou política que se queira aplicar.

¹³⁴ BRASIL. MARE **Exposição de motivos para Emendas Constitucionais administrativas**. Presidência da República. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília-DF, 1995. Disponível em: <<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/emenda/daementa.pdf>>>. Acesso em: 27/09/2011. p. 02.

se competitivo, fazendo com que se destaque no centro da administração uma lógica meritocrática; mudanças remuneratórias etc.¹³⁵

A grande questão é que, com a flexibilização da burocracia - e isso também se entende das regras procedimentais exageradas -, se conseguiu maiores resultados, ou seja, a eficiência aumentou.¹³⁶ Porém, para o alcance desta eficiência o Estado passou a se ausentar em algumas atividades. Nesse sentido, destaca-se o surgimento das organizações sociais, parcerias público-privadas e privatizações, que ganharam fôlego com a promulgação da EC 19/98.

Assim, com a reforma gerencial passa a ocorrer uma constante desestatização. Reforça-se a ideia de que o Estado só deve exercer as atividades que lhe são diretamente ligadas. Dividem-se em duas as tarefas estatais: as tarefas centralizadas de formação de políticas públicas e criação de leis e; as tarefas descentralizadas, que seriam aquelas de aplicação das políticas públicas, em geral. A partir disso, se expandiu a ideia de que as tarefas descentralizadas poderiam ser aplicadas por entes vinculados ao Estado, mas não, necessariamente, pelo Estado.¹³⁷

¹³⁵ BRASIL. MARE, 1995, p. 04: “O objetivo pretendido é a valorização do funcionalismo, aumentar a sua produtividade, premiar mais adequadamente os mais competentes. Hoje, o funcionalismo público vive o círculo vicioso da estabilidade, da ineficiência e da baixa remuneração. Não se propugna, entretanto, a extinção da estabilidade. Entende-se como suficiente a sua regulamentação em dois níveis: de forma rígida, para as categorias que desenvolvam funções exclusivas de Estado e de forma flexível para os demais funcionários. A estabilidade rígida permite a dispensa do servidor por falta grave, mediante processo administrativo ou judicial.”.

¹³⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira.** In: Conferência realizada nos seminários patrocinados pela Presidência da República nos quais os ministros explicaram aos parlamentares dos partidos aliados as emendas constitucionais que pretendiam enviar ao Congresso. ESAF, Brasília, janeiro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1995/98.ReformaAparelhoEstado_Constituicao.pdf>>. Acesso em 27/09/2011. p. 3: “[...] os administradores públicos conseguem a dispensa (“waiver”) de aplicar as normas administrativas rígidas que caracterizam a administração pública burocrática clássica e assim conseguem resultados muito melhores.”.

¹³⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 185: “Sem se darem conta do perverso giro epistemológico a que estavam submetidos, ou entregando-se à cômoda e reconfortante posição de convivência e cumplicidade, muitos dos

Essas medidas podem parecer simples, mas são essenciais na aplicação de uma forma gerencial de administração. Apenas assim, será possível a aplicação das três formas gerenciais de controle: a) controle social; b) controle de resultados e; c) competição administrativa. Com isso, extrai-se que o que se quer, de fato é “[...] que o Estado se torne um elemento efetivo de desenvolvimento devido à sua própria eficiência”.¹³⁸

Da análise da reforma gerencial, em especial do processo de transformação implementado pela EC 19/98, pode-se dizer que esta apresentou o rol de princípios da administração pública gerencial.¹³⁹ Portanto, conclui-se que a EC 19/98 foi o principal processo na reforma gerencial em desenvolvimento no Brasil. Uma vez que, implementou no seio da administração pública os principais pressupostos da administração gerencial, com a instituição da análise dos resultados em substituição à burocracia administrativa clássica.

Porém, ainda existia um âmbito do Estado Democrático de Direito que continuava relegado ao antigo paradigma burocrático, sem atenção à eficiência. A onda reformista não poderia parar por aqui. Ocorreu em 2004, um novo processo reformador que, agora, atingia outra estrutura: o Poder Judiciário, que, em razão de suas especificidades, foi alvo de reformas específicas, dentre as quais se destaca a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que será tratada no item a seguir.

administrativistas deste país – com seus manuais de grande penetração acadêmica – acabaram por docilmente servir ao projeto eficientista, difundindo no âmbito do ensino jurídico a marca epistêmica neoliberal. O resultado disso: juízes, advogados e promotores absolutamente “colonizados” e “seduzidos” pelo discurso econômico que possui como meta o drástico desmantelamento estatal. Reconheça-se que, com todo este apoio, a missão dos neoliberais tornou-se muito mais fácil. Estava, pois, rebatizado com “pompas” e “aplausos” pelo jurídico o eficientismo-economicista neoliberal.”

¹³⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; PACHECO, Regina Silvia. **Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em <<
<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-BRESSER.pdf>>> Acesso em: 27/09/2011. p. 16.

¹³⁹ MARCELLINO JR, J. C., 2009.

3.3 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO: A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004

Após a reforma gerencial do Estado, as preocupações se voltaram para o Poder Judiciário. Nesse sentido, uma das tentativas de transformação implementada foi a chamada Reforma do Poder Judiciário, que teve seu marco com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

A proposta desta emenda constitucional se deu quando da revisão constitucional ocorrida no período entre os anos de 1993 e 1994. Nesta fase, muitas foram as emendas constitucionais apresentadas, porém, apenas cinco foram aprovadas, e nenhuma delas se referia à reforma do Poder Judiciário. Isso levou ao aprofundamento das discussões sobre o Judiciário no Brasil, tendo destaque o importante papel de Nelson Jobim, que propôs a discussão do que foi chamado: novo projeto de Reforma do Poder Judiciário¹⁴⁰.

Muitos foram os pontos de modificação trazidos pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Entre eles estão a inserção da garantia da celeridade processual com o acréscimo do artigo 5º, LXXVIII. Este surgiu com as críticas formuladas a respeito da demora da prestação jurisdicional e, nesse sentido, busca a minimização dessa mora jurisdicional, fazendo do Poder Judiciário um poder estatal mais prestativo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a ser órgão do Poder Judiciário, com sede na Capital Federal, conforme veio a dispor o artigo 92, tendo sua função determinada pelo artigo 103-B. Ainda relativamente ao Conselho Nacional, importa salientar que houve a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, com o artigo 130-A, órgão muito semelhante ao Conselho Nacional de Justiça no que diz respeito a suas ações, porém, tendo como objeto o Ministério Público. Assim, basicamente procura fiscalizar os atos dos membros do Ministério Público, bem como os membros dos serviços auxiliares, receber reclamações, fiscalizar financeira e administrativamente, sempre referente aos atos do Ministério Público e de seus membros. Ademais, destaca-se que o artigo 52, II, definiu o processamento e julgamento dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público como competência do Senado Federal. Porém, no

¹⁴⁰ É chamado de novo projeto, pois veio para modificar e retomar as discussões do projeto inicial de Reforma do Poder Judiciário, apresentado por Hédio Bicudo (PT-SP) na revisão constitucional de 1993 e 1994.

caso de crime comum, o artigo 102, I, 'a', define que a competência será do Supremo Tribunal Federal (STF).

No que toca às definições da competência do STF, houve acréscimo no inciso III alínea 'd' do artigo 102, para julgar decisão de lei local contestada em face de lei federal. O §2º do mesmo dispositivo legal atribuiu efeito vinculante para Ação Direta de Inconstitucionalidade. O § 3º passou a exigir, para a interposição de recurso extraordinário, a demonstração de repercussão constitucional das questões discutidas, podendo ser recusado com manifestação de 2/3 dos membros, o que fortalece a característica de Corte Constitucional para o Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos propositores das Ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade, com a modificação da redação do artigo 103, esses foram igualados. Além disso, houve o acréscimo da mesa da Assembléia e Câmara de Vereadores do Distrito Federal, e Governadores, também do Distrito Federal.

Surgiu um novo instituto jurídico chamado Súmula de Efeito Vinculante (SEV). Trazida com o acréscimo do artigo 103-A, com seus três parágrafos. Com esse novo dispositivo, em caso de grandes controvérsias jurídicas a respeito do mesmo tema, o STF poderia por caráter vinculante a sua súmula.

A homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias foi retirada da competência do Supremo Tribunal Federal e foi transferida ao Superior Tribunal de Justiça. Outro fato interessante é que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar válida lei local com relação à lei federal. Já ao Superior Tribunal de Justiça cabe julgar válido ato do governo local contestado em face de lei federal. Além disso, foram acrescentados dois incisos que dizem respeito aos órgãos que funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado, que tem, entre outras funções a de regular os cursos para ingresso e promoção na carreira; Conselho da Justiça Federal que, além de poderes que já possui foi-lhe acrescentado o *status* de órgão central do sistema, com poderes correccionais, e suas decisões terão caráter vinculante.

Com o artigo 107, houve a novidade da possibilidade da instalação da justiça itinerante. Isto é, a realização de audiência e demais atos jurisdicionais, servindo-se de equipamento público e comunitário; e da constituição de Câmaras Regionais, a fim de assegurar o acesso do jurisdicionado a todas as fases do processo. Isso decorreu das várias

propostas de descentralização judiciária com base na onda de descentralização administrativa.

Outro ponto trazido pela EC 45/04, foi com relação ao artigo 109, que possibilita nos casos de grave violação aos direitos humanos, que o Procurador-Geral da República peça perante o Superior Tribunal de Justiça, o deslocamento da competência que, originariamente, seria da Justiça Estadual, para a Justiça Federal. Além disso, mas no mesmo sentido, pode ser citada a possibilidade de intervenção conforme modificação do artigo 36, III, no caso de não execução de Lei Federal.

O acréscimo do artigo 111-A fala sobre o Tribunal Superior do Trabalho, o funcionamento junto a este da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Ainda com relação à Justiça do Trabalho, também pode ser citado o artigo 112, que tirou a obrigatoriedade de haver pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado. Sobre o assunto, destaca-se também o artigo 114, que dividiu em vários incisos, os tipos de ações cabíveis à Justiça do Trabalho. Outro ponto, é que em caso de greve em atividade essencial, o Ministério Público do Trabalho pode ajuizar dissídio coletivo, caso haja possibilidade de lesão ao interesse público.

Houve modificações referentes à Justiça Militar com o artigo 125, entre elas a de que, em primeira instância, será exercida pelos juízes e pelo Conselho de Justiça. Outra modificação trata da competência do júri em casos de julgamento de militares, quando a vítima for civil. Trata, ainda, da competência dos juízes singulares e do Conselho de Justiça. Estão presentes aqui, também as justiças itinerantes e as câmaras regionais.

Com relação ao Ministério Público, o artigo 128 trouxe algumas modificações, como no § 5º, I, 'b', em que a decisão do colegiado para afastamento de um membro passou a ser de maioria absoluta. No § 5º, II, 'e', retirou a exceção pela lei para exercício de atividade político-partidária; essa atividade passou a ser proibida. E, no §5º, II, 'f', que foi acrescido, foi vedado receber auxílio de pessoa física, entidades públicas ou privadas, salvo exceção em lei. Foi acrescentado também o §6º que diz ser aplicável aos membros do Ministério Público o artigo 95, Parágrafo Único, V, ou seja, a impossibilidade de exercer a advocacia antes de passado três anos de seu afastamento do cargo no mesmo juízo em que o exercia. Ainda com relação ao Ministério Público, o artigo 129 e parágrafos possibilitam aos integrantes de carreira não residirem na comarca de sua lotação, desde que com autorização do chefe da instituição.

Com o artigo 93, passou a ser obrigatório ter três anos de atividade jurídica, para que o bacharel em Direito tome posse no cargo de juiz ou promotor. Tal modificação surgiu com a crítica de que, para ser um julgador é preciso ter experiência, não só jurídica, como pessoal. Salienta-se também que, com o artigo 95, houve a proibição de que os juízes exerçam advocacia no juízo que exerceram magistratura, antes de passados três anos.

A Emenda constitucional nº 45 também possibilitou, em seu artigo 134 e parágrafos, a independência funcional, bem como a iniciativa orçamentária da defensoria pública dos Estados. Salienta-se, também, que a Defensoria Pública foi incluída no corpo do texto do artigo 168, que diz respeito sobre a entrega, até o dia 20 de cada mês, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais.

Apesar de tantas e importantes modificações. Em razão do estudo que se pretende neste trabalho, a análise ficará restrita ao Conselho Nacional de Justiça, a Súmula de Efeito Vinculante e ao princípio da celeridade processual, pois se entende que são essas as peças fundamentais na transformação do Poder Judiciário, sob o ponto de vista da eficiência.

Assim, pode-se identificar que, em linhas gerais, os processos de reforma buscam: melhor gestão, processo gerencial, reconfiguração do exercício da magistratura, padrões de produtividade, isto é, tudo guiado pela eficiência como carro chefe das transformações.¹⁴¹

Ocorre que, falar ou defender a eficiência e a celeridade processual não é algo tão simples quanto parece. As relações humanas são complexas e não podem ser minimizadas com o fim de agilizar suas conflituosidades. A própria psicologia humana faz com que as pessoas desejem procedimentos complexos quando se trata de decidir coisas

¹⁴¹ CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça Célere e Eficiente**. Uma questão de governança judicial. São Paulo: LTR, 2010, p. 229: “Sob um prisma pragmático/programático, essa é uma das obrigações gerenciais da Administração Judicial, em face do preceito da eficiência administrativa contida no etos reformador. Por isso a referência feita pela doutrina em considerar administração judicial, na contemporaneidade, em uma dupla perspectiva: ‘em sentido amplo, como função pública do Estado para solucionar controvérsias jurídicas entre particulares, ou entre estes e as autoridades; em sentido estrito, como serviço público do Estado com a finalidade de dirigir a administração e o governo dos órgãos jurisdicionais, integrantes do Poder Judicial’.”.

complexas. Portanto, nem sempre rapidez e segurança na aplicação da lei podem caminhar juntos.¹⁴²

Um dos mecanismos que vêm auxiliando nesta transformação é justamente o Conselho Nacional de Justiça. De fato, este foi um dos pontos mais discutidos da reforma do Judiciário. Muitas foram as modificações sofridas, desde o início das discussões e com a troca dos relatores até a decisão pelo texto final.¹⁴³

O CNJ, que iniciou como uma tentativa de controle externo do Poder Judiciário foi muito criticado no início dos anos 90, quando iniciou sua discussão com a proposta de Emenda à Constituição n. 96-A, de 1992, em que surgiram ideias para a criação de uma instituição responsável por controlar o Judiciário. Com o passar dos anos, a criação de tal instituição foi adquirindo novos adeptos, com novos argumentos para sua implementação, alcançando, inclusive, a magistratura, que, em grande parte, passou a defender a instituição do controle externo do Judiciário.

Entretanto, o que ocorreu foi que, o que era para ser um controle externo do Poder Judiciário, perdeu, em grande medida, tais características. O CNJ passou a ser entendido, não como um controle externo, mas um órgão próprio do Poder Judiciário, responsável pelos caminhos a ser trilhados, bem como para levar à cena de discussão jurídica os anseios da sociedade.¹⁴⁴ De fato, não se pode perder de vista

¹⁴² FARIA, J. E., 1992.

¹⁴³ SADEK, Maria Tereza. (Org). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 101: “[...] do ponto de vista da orientação, é possível sustentar que os projetos de Aloysio Nunes Ferreira e de Zulaiê Cobra são radicalmente distintos. Enquanto na proposta de Aloysio Nunes Ferreira há um fortalecimento dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, no texto elaborado por Zulaiê Cobra são valorizadas as possibilidades de interposição de recurso e, consequentemente, de fortalecimento das instâncias.”

¹⁴⁴ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 246: “Conceber o Conselho Nacional de justiça como um órgão gestor da política pública de justiça implica reconstituir essa pauta inspiradora de sua criação que, ao ser internalizada no sistema judicial brasileiro, fixou um novo paradigma administrativo. A considerar o conteúdo do art. 103-B, evidencia-se a institucionalização de um órgão de cúpula do sistema judicial, com um formato plural ao combinarem em sua composição agentes políticos da magistratura, do Ministério Público, representantes da advocacia e dos cidadãos indicados pelo Legislativo. Muito embora essa formatação tivesse como o seu êmulo as discussões sobre o controle externo da magistratura, o real significado da estrutura orgânica em comento deve ser analisada sob a perspectiva dos ditames do art. 37 da Constituição, que, entre suas disposições, prevê a participação dos usuários na administração pública.”

que todos que lá trabalham estão direta ou indiretamente ligados ao Judiciário, portanto, não parece um transformador, mas um organizador e responsável pela implantação de uma uniformização.

Além disso, com o texto final da Emenda Constitucional 45/04, o CNJ passou a ser um ponto de ligação e *lobby* do Poder Judiciário nos poderes Legislativo e Executivo, onde passou a interferir nos processos de reforma legislativa do sistema de justiça, com projetos de lei, e interferência direta nas leis já em tramitação nas casas legislativas. Isso se vê, por exemplo, da influência da Comissão de Regulação da Emenda n. 45/2004 do CNJ, que “[...] realiza a importante função de intercambiar, com o Congresso Nacional, as demandas legislativas do poder Judiciário.”¹⁴⁵

Nesse sentido, verifica-se que o CNJ tornou-se um órgão do Poder Judiciário que não tem características de controle externo. Pelo contrário, com o que se vê ele auxilia na verticalização da estrutura do Judiciário, tendo, inclusive, competência originária e concorrente de todos os Tribunais nacionais para instaurar processo administrativo-disciplinar contra magistrados.¹⁴⁶

Outro mecanismo, que, pelo que se vê pode auxiliar e fortalecer na verticalização do Judiciário é a Súmula de Efeito Vinculante. Trazida com o acréscimo do artigo 103-A, com seus três parágrafos. Este artigo dispõe que, em caso de grandes controvérsias jurídicas o Supremo Tribunal Federal poderá, caso haja reiteradas decisões a respeito de um mesmo tema, pôr o caráter vinculante à sua súmula, que deverá ser respeitada por todos os entes da federação. Essa vinculação poderá ser revisada com base em lei infraconstitucional ou por pedido de qualquer

¹⁴⁵ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 254.

¹⁴⁶ Por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 02 de fevereiro de 2012, negou referendo à liminar parcialmente concedida em dezembro de 2011 pelo ministro Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4638, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros. A liminar havia suspenso a vigência do artigo 12 da Resolução 135 do Conselho Nacional de Justiça, que atribui ao Conselho competência originária e concorrente com os Tribunais de todo o país para instaurar processos administrativo-disciplinares contra magistrados. Porém, prevaleceu no Plenário do STF o entendimento segundo o qual o Conselho, ao editar a resolução, agiu dentro das competências conferidas a este órgão pelo artigo 103-B, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Informações extraídas do portal do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=198993>>>. Acesso em 03/02/2012.

dos listados como aptos a pedir Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A Súmula de Efeito Vinculante visava desobstruir os tribunais superiores. Porém, merece destacar que a UNIÃO e o INSS são responsáveis por quase metade da movimentação processual no Supremo Tribunal Federal (26,9% e 21,3%). Assim, uma das alternativas, como correu reiteradas vezes, seria o governo abrir mão da propositura da ação quando certa a derrota. Essa é uma das defesas contra a SEV, visto que:

[...] o governo deve fazer coisas que desafogariam o judiciário antes de mexer na sua independência. Finalizando, o autor defende a proposta do PT que acatou a adoção do efeito ‘automático, geral e subordinante’ da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em decisões definitivas de mérito e em ação direta ou – o que é mais radical – incidental, ou seja, apenas a que declaram leis atos normativos inconstitucionais.¹⁴⁷

Destaca-se que a SEV tornou-se antes de uma procura e luta pela melhor concepção do Poder Judiciário, uma disputa política entre governo e oposição o que dificultou o andamento das discussões.

No fundo o problema que a SEV se propõe a resolver é que, no Brasil, as decisões dos tribunais superiores não são superiores em relação às demais instâncias do Judiciário. No que diz respeito à função de controle constitucional, o hibridismo do nosso sistema faz com que os juízes e tribunais inferiores não sejam obrigados a seguir as decisões do Supremo Tribunal Federal que, nesse sentido, está mais longe do modelo das cortes constitucionais européias do que a suprema corte norte-americana – que funciona como última instância de um sistema exclusivamente difuso-incidental, mas que produz uma jurisprudência vinculante. No que diz respeito às causas ordinárias, a descentralização do sistema jurídico brasileiro – decorrente da organização federativa do Estado, da existência de Justiça especializada e

¹⁴⁷ SADEK, M. T. (org)., 2001, p. 38.

do juízo monocrático no primeiro grau – tenciona sobremaneira a tarefa dos tribunais superiores de uniformizar a interpretação do Direito em nível nacional, por meio da produção de uma jurisprudência capaz de vincular as demais esferas do Judiciário.¹⁴⁸

Ocorre que, apesar de grandes propostas de transformação ao Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45, 2004 não alcançou a amplitude que era esperada. Isso porque, ela repete os moldes clássicos de correção, buscando sempre a melhoria da cúpula do Poder Judiciário, esquecendo-se das bases.¹⁴⁹

Resta salientar que a Reforma do Poder Judiciário resultante na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ainda não está no seu fim. Tramita no Congresso Nacional a PEC nº. 358, de 2005, que traz questões aprovadas, e não modificadas pela Emenda Constitucional nº 45/04. Assim, percebe-se que esse processo de reforma e transformação do Poder Judiciário está longe de se esgotar e terá ainda, muitos desdobramentos.

¹⁴⁸ SADEK, M. T. (org.), 2001, p. 28/29.

¹⁴⁹ SILVA, Evandro Lins e. **A Reforma do Judiciário e as Súmulas Vinculantes**. Revista da ESMESC. Florianópolis, Ano 5, v. 7, n. 10, 1999, p. 21: “O projeto repete os moldes clássicos de correção na cúpula do judiciário para eliminar a sobrecarga de demandas que lhe podem chegar a julgamento, com a oferta de fórmulas para chegar a esse resultado.”.

4 A INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 O DISCURSO NÃO OFICIAL

Até o presente momento, foi possível verificar a crise em que o Poder Judiciário está inserido, bem como, identificar as principais ondas reformadoras. Nesse sentido, destaque principal mereceu a reforma do Poder Judiciário que, como explicitado, foi encabeçada, especialmente, pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

A partir de agora, passar-se-á a identificar algumas fontes incentivadoras, que estão por trás (como guias) destes processos reformadores do Poder Judiciário. A princípio, é de extrema importância questionar: em que consiste a reforma do Poder Judiciário, isto é, qual a ‘vontade’ desta Reforma?

Como já se buscou demonstrar, o Poder Judiciário e o próprio direito têm passado por diversas transformações desde o século XIX. Isso se dá por diversos fatores que já foram explorados nos capítulos anteriores. Pode-se, inclusive afirmar que, para além de ser uma simples crise, o que ocorre atualmente é uma verdadeira transição paradigmática, tendo em vista as transformações sociais, políticas e jurídicas com que o Estado na nova ordem econômica tem passado.

Esse momento de transição paradigmática trazido pela globalização explicaria, de fato, a falta de eficácia das instituições jurídicas atuais e a sua inadequação para resolver os problemas para os quais foram criadas. Entretanto, não se pode esquecer que o uso da técnica é determinado pela política e que por mais poder que instituições monetárias e empresas transnacionais possuam, cabe ao Estado dar a última palavra em termos de políticas públicas e de regulação social. Não se refere aqui ao Estado personificado, mas ao Estado funcionalmente criado para satisfazer as necessidades do seu povo, verdadeiro titular de qualquer poder regulador.

Talvez, de fato, normas gerais, abstratas e hierarquizadas não sejam mais compatíveis com a complexidade da vida social contemporânea, mas isso não justifica que normas regulatórias ditadas por agentes econômicos, portanto sem qualquer

legitimidade, sejam alçadas à categoria de normas jurídicas.¹⁵⁰

Assim, o que se identifica é a ocorrência de um giro do paradigma de atuação, que transformou a velha hermenêutica (de base semântica e lógica) no que atualmente prevalece como hermenêutica de interpretação legal, que é o pragmatismo. Isso se deu por diversos motivos, dentre os quais se destaca a expansiva constitucionalização dos direitos sociais e a crescente e contínua conquista de novos direitos.

Nesse velho modelo hermenêutico as operações sintáticas teriam como função principal, determinar as conexões sistêmicas dentro do ordenamento normativo entre os seus diversos termos ou expressões legais, tornando possível uma complexa operação semântica de determinação do conteúdo jurídico de sentido, no âmbito de um quadro normativo onde diversas aplicações normativas poderiam ocorrer, embora em uma diversidade de sentidos semanticamente predelimitados.

Com a guinada pragmática ocorrida nos novos modelos de interpretação jurídica que passam a caracterizar a nova hermenêutica, as operações sintáticas teriam como função principal, a delimitação estrutural dos contornos lógico-sistemáticos da interpretação. Isso em razão de que a tônica, agora, na busca do sentido das normas, é fixada a partir do seu contexto histórico específico (dimensão pragmática), extraindo-se dele todas as circunstâncias do caso concreto em exame e, a partir delas, reconstruindo o sentido da norma a ser aplicada sem uma pré-delimitação semântica.

[...]

As razões para tanto decorrem do fato de que, com o aumento da complexidade da sociedade atual em seus mais variados âmbitos, desencadeia-se uma multiplicidade de valores e interesses, os quais não encontram uma igual variedade

¹⁵⁰ COSTA, Larissa Maria Lima. **Globalização, soberania e direito**: reflexão sobre direito e política. in MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. **Direito e Política**. Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 134/135.

estrutural de expectativas nos textos legais em geral. No caso da Constituição, por ser ela mais abrangente nas suas dimensões políticas, valorativas e sociais, a sua capacidade de resposta a tais demandas tende a ser maior.¹⁵¹

Ocorre que, este giro do paradigma de atuação do Poder Judiciário não se dá independentemente de qualquer força externa. Como já se buscou demonstrar, e agora fica ainda mais evidente, a perda de soberania ocasionada, em grande medida, pelo desenvolvimento do neoliberalismo e a expansão das regulamentações econômicas em nível transnacional e desregulamentação em nível Estatal (globalização), é um dos fatores mais importantes da crise do Estado Democrático de Direito.¹⁵²

Essa crise de soberania tem influenciado sobremaneira o desenvolvimento do Poder Judiciário. É o que ocorreu, e ainda ocorre, nos processos de reforma do Poder Judiciário brasileiro. Exemplo emblemático, nesse sentido, é a influência do Banco Mundial, uma das mais importantes instituições representativas da ideologia neoliberal.¹⁵³

¹⁵¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Os novos modelos de interpretação da constituição**. in MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Direito e Política**. Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 150

¹⁵² FARIA, José Eduardo. **Direito e Conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32: “Diante do progressivo predomínio da lógica financeira sobre a economia real, as fronteiras tendem a se tornar mais porosas, e os espaços tradicionalmente reservados ao direito e à política tendem a não mais coincidir com o espaço territorial. Com isso, a atenção agora se volta à questão da atualidade, do alcance e da efetividade da soberania do Estado. A argumentação a ser aqui desenvolvida parte da premissa de que, em face do choque entre sua “geografia” fixa e o caráter extraterritorial dos problemas surgidos com a universalização da concorrência, o acirramento comercial e a concentração do poder econômico, o Estado está perdendo autonomia para o “mercado”, enquanto instância de coordenação da vida social, referência cognitiva das comunidades de especialistas e base de legitimação discursiva de agências internacionais e organismos multilaterais.”

¹⁵³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade**. In STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Constituição, sistemas Sociais e Hermenêutica**. ANUÁRIO do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 84: “Percebe-se bem que a subordinação dos Estados nacionais

É a partir dessa perspectiva, que se pretende demonstrar, nesse primeiro momento, a influência e o determinismo do Banco Mundial, nos processos de reforma implementados nos países em desenvolvimento, especificamente, no caso brasileiro.

A adesão ao Banco Mundial se dá pela aceitação de suas ideias, geralmente emanadas por meio da publicação de documentos técnicos. Assim, um dos principais documentos influenciadores da Reforma do Poder Judiciário no Brasil e em toda a América Latina, é o Documento Técnico 319, intitulado *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma*.¹⁵⁴

Iniciando a análise das especificidades deste documento, é importante destacar que a principal transformação que se pretende é a defesa da propriedade privada e da liberdade de contrato. É, portanto, extremamente importante compreender que o documento em estudo defende, especialmente, dois dos maiores pressupostos da ideologia neoliberal: a propriedade e a liberdade contratual. Assim, tem-se que a defesa destas características é a base das transformações sugeridas conforme o próprio documento deixa claro:

Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade. A instituição em análise tem se demonstrado incapaz em satisfazer as demandas do setor privado e da população em geral,

às agências multilaterais como o Banco Mundial, FMI e a Organização Mundial do Comércio consiste numa das três importantes inovações institucionais que a receita neoliberal provoca.

O Banco Mundial, ao contrário de outras organizações internacionais busca padronizar as concepções de Judiciário e de justiça de forma meramente indicativa. A adesão dos Estados não se dá pela via de normas, e sim, pela adesão a ideias. O que nem por isso significa não ter impacto em nível interno. Um dos instrumentos da atividade paranormativa do Banco são as publicações e documentos a respeito do Judiciário. O domínio de sua influência sobre o Poder Judiciário dos Estados ocorre basicamente em dois níveis: a) institucional – o Poder Judiciário deve ser enquadrado num processo de modernização e; b) individual – os juízes são construtores de consenso.”.

¹⁵⁴ BANCO MUNDIAL. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe.** Elementos para a reforma. Trad. Sandro Eduardo Sardá. Documento Técnico n. 319. Washington, D. C. Jun. 1996. Disponível em <<<http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00003439.pdf>>> Acesso em: 12/11/2010.

especialmente as de baixa renda. Em face o atual estado de crise do sistema jurídico da América Latina e do Caribe, o intuito das reformas é o de promover o desenvolvimento econômico. A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado.¹⁵⁵

Assim, tem-se que as transformações indicadas têm como objetivo primordial o desenvolvimento e a satisfação das demandas do setor privado. Isso quer dizer que pretendem, como deixa assente o documento, a redefinição do Estado e de sua relação com a sociedade, caracterizada pela diminuição do Estado e pelo reforço das garantias do direito de propriedade.

Portanto, a reforma do Poder Judiciário, e do sistema de justiça como um todo é, em verdade, um instrumento de transformação do próprio Estado, que será redefinido a partir do Poder Judiciário para um Estado diminuto. E seu principal papel seria: a defesa do direito de propriedade e, por assim dizer, o desenvolvimento do setor privado e do livre mercado.¹⁵⁶

¹⁵⁵ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 10.

¹⁵⁶ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 16: “Hoje os objetivos destes projetos é o de prover um serviço eficiente e igualitário, respeitado e valorizado pela comunidade. A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve ser abrangida quando da elaboração de qualquer reforma legal, posto que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma do judiciário racional pode ter um tremendo impacto no

Diversos são os pontos que merecem destaque neste Documento Técnico do Banco Mundial, porém, a partir de agora se dará maior destaque às recomendações que indicam uma verdadeira mudança estrutural e comportamental do Poder Judiciário. Nesse sentido, optou-se por dividir o presente item em duas partes emblemáticas, a fim de facilitar a elucidação dos estudos: Verticalização e Independência do Poder Judiciário e; Eficiência administrativa do Judiciário.

4.1.1 Verticalização e Independência do Poder Judiciário

A busca pela implementação de um Poder Judiciário homogêneo e em frequência com os Poderes Judiciário de outros países é uma das lutas mais importantes das doutrinas neoliberais, como se extrai do Documento em análise.

De fato, a própria Análise Econômica do Direito desenvolvida por Richard A. Posner também entende que, quanto mais homogêneo, melhor será trilhado o caminho do direito. Sem questionamentos e rupturas.¹⁵⁷ É também nesse sentido, o desejo do Banco Mundial.

Apesar de parecer, no mínimo, contraditório a existência de consenso no próprio Judiciário, o palco das demandas e dos embates, o Banco Mundial defende o desenvolvimento de projetos piloto, a fim de implementar reformas que sejam aceitas e defendidas por todos homogeneamente. Nesse sentido, o documento manifesta-se da seguinte forma:

A reforma do judiciário deve ser conduzida através de uma abordagem consensual e a partir de uma iniciativa interna do país. Somente se esses dois objetivos se encontrarem - reforma judicial a partir de uma iniciativa interna e

sucesso da modernização do estado dando uma importante contribuição para um processo de desenvolvimento mais amplo.”.

¹⁵⁷ POSNER, R. A., 2007 (b), p. 160: “A estabilidade é uma qualidade desejável do direito; e dado que o raciocínio jurídico não tem o poder que os formalistas lhe atribuem, de assegurar o acordo, é mais provável que a estabilidade jurídica seja atingida se os juízes tiverem a mesma opinião, e mais provável que isso ocorra caso haja uma homogeneidade social e educacional. Porém, quanto mais homogêneo forem, menos robustas serão suas conclusões num sentido epistêmico, embora não necessariamente no sentido político ou social. Em direito, a verdade é negociada com outros bens de valor, e não poderia ser de outro jeito. Isso não é um ideal científico.”.

consenso - as reformas serão alterações sistêmicas, de longo termo, ao invés de reformas superficiais passíveis de serem revertidas. O consenso requer que sejam observadas as limitações políticas e as estratégias pragmáticas prioritárias. Qualquer programa de reforma do judiciário também deve levar em consideração os interesses corporativistas presentes no Judiciário, nos conselhos profissionais de advogados e outros setores governamentais. Tais interesses podem impedir o consenso. Os projetos devem incentivar a participação de um amplo comitê informal ou conselho judicial durante as fases de preparação e implementação, visando promover um consenso em torno do projeto, promover uma contrapartida, bem como garantir a sua viabilidade. Apesar da meta ideal ser a de atingir um completo consenso, pode não ser um objetivo realista. Consequentemente, sob um certo aspecto, é importante iniciar algumas atividades visando a reforma, ao mesmo tempo em que se continua construindo um consenso.¹⁵⁸

Ocorre que, a existência de consenso, em que pese a tentativa de demonstrar os seus pontos positivos, também pode trazer sérios problemas. Dentre os quais, se pode destacar, a possibilidade de ser utilizado como instrumento de manutenção de um sistema, sem questionamentos, fortalecendo as práticas rotineiras que auxiliam na manutenção do *status quo* sem transformações e aprimoramentos.

Para o mercado neoliberal, a existência de um consenso e, com ele, de uma verticalização do sistema de justiça é extremamente importante, uma vez que evitar-se-iam decisões, especialmente dos juízes de primeiro grau, em sentido contrário aos seus anseios. Portanto, partindo de uma lógica de agregação ao sistema, pode-se afirmar que bastaria a conquista dos Tribunais Superiores, uma vez que estes obrigariam as decisões dos Tribunais de primeiro grau.¹⁵⁹

¹⁵⁸ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 15.

¹⁵⁹ Como se verá no desenvolvimento deste capítulo, esse é uma das consequências da Súmula de Efeito Vinculante. De fato, verificar-se-á, no decorrer do trabalho que várias das recomendações aqui constatadas (ainda que de forma implícita) foram e estão sendo adotadas nos processos de Reforma do Poder Judiciário.

De fato, o consenso que se pretende ver no Poder Judiciário não diz respeito, exclusivamente ao nível interno. É de tanta importância, se não ainda maior, a existência de consenso e adequação aos ditames externos, ou seja, a parâmetros internacionais de resolução de conflitos, especialmente na área comercial.¹⁶⁰ Assim, em última análise, o que se pretende é a defesa de uma harmonia internacional. E isso seria alcançado com a mudança e adaptação dos sistemas jurídicos para uma única metodologia e procedimentalística, tidas como modernizantes e adequadas para a defesa e garantia dos direitos, não apenas em nível nacional, mas internacional.¹⁶¹

Nesse sentido, a homogeneidade não partirá de dentro, mas sim, de forças externas. Nessa lógica, está clarividente que o interno deve se adequar aos ditames externos e não o contrário. Não se trata, portanto, da junção de diferentes costumes em harmonia internacional, mas da mudança de todos para uma ordem única, apresentada como a que deve ser aplicada por todos, acomodando-se em um único nível, dito adequado, que será o único aceito e determinado na arena internacional.

Ocorre que, por mais que pareça contraditório, o documento, apesar de aceitar e defender a influência e homogeneidade a níveis internacionais, defende e trata com a maior importância a questão da independência do Poder Judiciário.¹⁶² Nesse sentido, defende a busca

¹⁶⁰ Esses é um dos motivos que levam o Banco Mundial a preocupar-se com a homogeneidade na resolução de conflitos comerciais. Pois, visa eficiência na livre circulação de mercadorias, peça chave em uma política econômica neoliberal.

¹⁶¹ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 18: “Além disso, o crescimento da integração econômica entre países e regiões demanda um judiciário com padrões internacionais. Por exemplo, o WTO, MERCOSUL e o NAFTA requerem certos princípios para decidir questões comerciais. A integração econômica exige uma grande harmonização de leis, que por sua vez requer que elas sejam constantemente aplicadas pelos membros dos países. Os países membros dos mercados comuns devem ter a certeza de que as leis serão aplicadas e interpretadas de acordo com padrões regionais e internacionais. Dessa forma, os países ao redor do mundo devem modernizar o seus judiciários para acomodar estas demandas e prover um nível adequado para a arena internacional.”.

¹⁶² BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 08: “Os elementos básicos da reforma do judiciário devem incluir medidas visando assegurar a independência do judiciário através de alterações no seu orçamento, nomeações de juizes, sistema disciplinar que aprimore a administração das cortes de justiça através do gerenciamento adequado de processos e reformas na administração das unidades judiciárias; adoção de reformas processuais; mecanismos alternativos de

pela independência individual e coletiva. A primeira leva em consideração o juiz como centro do Judiciário que, portanto, deve ser independente financeira, política e ideologicamente.¹⁶³ A independência coletiva, por sua vez, refere-se à esfera administrativa, com treinamentos e busca de eficiência e rapidez na prestação jurisdicional.¹⁶⁴

A independência do Poder Judiciário não se limita a essas descritas. A independência orçamentária também tem relação direta com o melhor desenvolvimento das atividades do Judiciário e, segundo o documento em estudo, também influencia para tornar esta instituição mais independente.¹⁶⁵ Como se vê, existem diversas formas de independência, e deve-se buscá-las em sua integralidade, fazendo com

resolução de conflitos; ampliação do acesso da população à justiça; incorporação de questões de gênero no processo da reforma; redefinição e/ou expansão do ensino jurídico e programas de treinamento para estudantes, advogados e juízes.”.

¹⁶³ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p.11: “A independência individual dos magistrados pode se atingir através do tempo adequado de investidura no cargo, salários e fixação de atribuições jurisdicionais apropriadas. Além disso, a forma pela qual os juízes são nomeados, avaliados e promovidos revestem-se de importante função na independência do Judiciário, bem como na manutenção de juízes mais qualificados para exercer a magistratura. Uma parte importante da qualidade da magistratura depende de um sistema disciplinar e de avaliação. A independência do judiciário requer um sistema de nomeações baseado no merecimento, podendo envolver um conselho de justiça na participação desse processo.”.

¹⁶⁴ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 12: “A independência também pode ser ampliada através do desenvolvimento da capacidade administrativa e treinamentos para juízes e servidores. Dessa forma, o Judiciário se torna mais eficiente e obtém mais respeito, aumentando assim a qualidade de seus quadros, atraídos por uma carreira jurídica.”.

¹⁶⁵ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 30: “Ainda que seja do Legislativo a responsabilidade pela votação final do orçamento, é essencial que o Judiciário seja capaz de definir suas necessidades financeiras baseados em previsões sobre expectativa de processos que serão ajuizados, processo em andamento e processos julgados. Todavia, o controle orçamentário não necessariamente significa uma distribuição orçamentária centralizada. Na maioria dos países latino americanos, a Corte Suprema gerencia o orçamento total, conseqüentemente, a administração centralizada resulta em distribuição assimétrica de recursos. Em muitos países, as Cortes das áreas rurais não recebem recursos baseados na população ou volume de processos. Essa desigualdade somente reforça a inacessibilidade do Judiciário às comunidades rurais de baixa renda.”.

que o Poder Judiciário se torne, efetivamente, um poder autônomo e independente na prestação jurisdicional.¹⁶⁶

De fato, o que ocorre é que a perspectiva de independência traçada pelo documento do Banco Mundial é extremamente técnica. Sua preocupação está centrada na atividade administrativa e gerencial, exclusivamente. E isso não é sem razão, pois, para manter uma integração econômica com o mínimo de homogeneidade, as políticas e hermenêuticas próprias da atividade judicante devem ser – como se tem buscado demonstrar – vinculadas a um sistema tido como ideal.

Assim, o que se vê é que a partir da necessidade de alcançar a independência do Poder Judiciário, o Documento 319 do Banco Mundial limita sua análise no planejamento administrativo do Poder Judiciário, seja em nível estrutural, seja em nível de gerenciamento processual. É a partir dessa perspectiva que se faz implementar no discurso reformista a ideia de eficiência na administração da justiça, como uma das necessidades de alcance da independência.

4.1.2 Eficiência administrativa da justiça

Importante destacar que a luta pela eficiência da justiça, segundo o documento técnico do Banco Mundial, é fator importante não apenas para a independência do Judiciário, mas também, para combater a morosidade da prestação jurisdicional. A partir desse indicativo, percebe-se que o documento centra-se na busca pela eficiência e rapidez da atividade jurisdicional, como fator preponderante de transformação e correção das mazelas do sistema de justiça. A partir dessa perspectiva, o documento passa a sugerir algumas mudanças que podem ser implementadas.

Uma das principais mudanças defendidas pelo Banco Mundial é a reforma dos códigos processuais.¹⁶⁷ Nesse sentido, o documento indica

¹⁶⁶ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 20: “Existem diversas formas diferentes de independência: independência substantiva que correspondem no modelo alemão e americano a independência funcional ou decisória, respectivamente (as decisões judiciais e o exercício das atribuições de magistrado não estão sujeitas a nenhuma outra autoridade senão a do direito), independência pessoal (garantias individuais da magistratura), independência coletiva (participação judicial na administração central das Cortes), e independência interna (independência em relação aos colegas e membros das cortes superiores).”.

¹⁶⁷ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 12: “A maioria das Cortes enfrenta um severo acúmulo de processo e é incapaz de reduzir essa carga processual. No ano de 1993, por exemplo, existiam aproximadamente 500.000 processos

como possível solução na implementação da eficiência no âmbito do Poder Judiciário a reforma dos procedimentos, transformando os ritos, cada vez mais, em verbais e imediatos.

Apesar das reformas processuais, geralmente, envolver os códigos de processo específicos de cada país, algumas das seguintes questões podem ser analisadas: os procedimentos orais e imediatos, reformas para minimizar o tempo despendido nos processos e as questões relativas a comunicação "ex parte".¹⁶⁸

Nesse sentido, o Banco Mundial sugere o fortalecimento dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC).¹⁶⁹ É inegável que o fortalecimento dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos diminuiria os custos que o Estado tem com os processos que tramitam no Judiciário. Por outro lado, poderiam ocorrer alguns problemas: facilidade de corrupção; despreparo dos responsáveis pela resolução de conflitos; maior dificuldade de preservação da privacidade. Até mesmo a possibilidade de derrota no sistema formal, baseada na

pendentes em todo o Judiciário do Equador. A estatísticas oficiais argentinas estimam que mais 1.000.000 de processos estavam pendentes no Judiciário Federal, no ano de 1992. Na Colômbia, em 1993, mais de 4 milhões de processos também estavam pendentes. Uma forma de dar atenção ao problema é a revisão dos códigos de processo, determinando se criam um acúmulo no sistema legal.”

¹⁶⁸ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 36

¹⁶⁹ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 39: “Os MARC podem proporcionar diversas vantagens. Os mediadores e árbitros bem treinados podem assegurar conhecimentos específicos e decisões mais previsíveis do que o sistema formal das Cortes, onde os magistrados talvez não estejam familiarizados com a matéria. Os MARC também apresentam vantagens adicionais como: a) os MARC são particularmente benéficos se as partes pretendem manter uma relação futura, quando o processo judicial formal pode extenuar essa relação; b) as partes preferem ter um papel ativo na solução de suas disputas ; c) os litigantes estão mais disponíveis em se comunicar diretamente em um ambiente com os MARC; d) finalmente, se as partes tem preocupações com a privacidade os MARC podem ser uma solução melhor do que as Cortes. Não obstante, as vantagens dos MARC, as desvantagens da litigância formal podem ser um fator decisivo no uso desses mecanismos . A decisão das partes em utilizar os MARC ou o Judiciário formal vai depender da rapidez do sistema, capacidade de escolher o arbitro ou mediador, ou ainda, a percepção da possibilidade de uma derrota processual no sistema formal.”.

legalidade, pode levar litigantes mais poderosos a procurar MARC como forma de buscar um acordo que possa estar contrário à lei, mas que, em razão do desconhecimento da parte contrária, ou por ser ela parte mais fraca no litígio, seria validado.

Conclui-se dessa forma, pois, seguindo a lógica defendida pelo Banco Mundial e pelo neoliberalismo de respeito total aos contratos e menor influência possível do Estado. Os litigantes estariam restritos aos ditames do contrato e, como se sabe, muitos contratos são realizados entre pessoas em disparidade de situações.

Logo, tais sugestões propostas pelo Documento Técnico do Banco Mundial, reforçam um caminho já traçado, de longa data, pelo neoliberalismo e os defensores do livre mercado, que têm as seguintes características: diminuição do Estado, fortalecimento da propriedade privada e da liberdade de contratos. É esse o caminho que se pretende, quando se fala em eficiência com a implementação das conciliações a qualquer custo ou, essencialmente, com base nos contratos firmados, mesmo que entre partes extremamente díspares.¹⁷⁰

Com isso, tudo fica livre, entregue às mãos da sociedade civil que restará refém dos fortes poderes, impossibilitando que um acordo seja estipulado respeitando-se ambas as partes em conflito, se não, pendendo para o lado mais forte dos litigantes.

Entretanto, o Banco Mundial com seu Documento Técnico 319, não deixando transparecer todas as problemáticas que influenciam na adoção de suas sugestões, continuou sua preocupação com a eficiência e

¹⁷⁰ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 41: “Embora alguns países tenham estabelecido programas bem sucedidos de MARC, existe uma série de assuntos que devem ser abordados. Por exemplo, deve-se discutir se a mediação e a arbitragem será uma profissão regulamentada; se os treinamentos serão obrigatório, bem como as normas éticas a serem observadas nos julgamentos. Também devem ser considerados os obstáculos aos MARC e como serão suplantadas. Alguns advogados, por exemplo, não defendem os MARC, tendo em vista o temor de perder a clientela e seus honorários, pensam que os mecanismos serão utilizados para prolongar o processo ou porque não estão familiarizados com esses novos procedimentos. Ademais, existem certos óbices judiciais. Em determinados países da América Latina, incluindo Peru e Equador, os juízes não respeitam acordos extra-judiciais (e a lei não os obriga a aceitá-los) sustentando que a resolução de conflitos são suas atribuições, e assim, tentam manter sua capacidade de gerenciar os conflitos. Se os MARC não forem reforçados e respeitados pelas Cortes, não serão eficazes em aplicar o acesso à justiça, reduzir a morosidade e diminuir os gastos com a resolução de conflitos.”.

rapidez nos serviços do Poder Judiciário. Ciente das dificuldades de análise do trabalho prestado pelo Judiciário, quase em conjunto com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 lançou novo documento, o Relatório 32789-BR intitulado *Fazendo com que Justiça conte*, no qual, entre outros, estimula a coleta de dados, a fim de possibilitar a análise numérica de suas atividades. Com isso, nada mais faz do que indicar a forma com que se avaliaria a eficiência do Judiciário, processo que já havia se iniciado, desde a reforma gerencial do Estado com a Emenda Constitucional n. 19 de 1998.¹⁷¹

De fato, esta foi mais uma inovação determinada pelo Banco Mundial, porém, pode-se afirmar que tal proposta já era aventada no Documento Técnico 319, no qual era proposta a análise da eficiência do Judiciário através de avaliações periódicas a serem realizadas por algum órgão especial. Com essa proposta, o Banco Mundial, chegou a propor que tal avaliação fosse utilizada, inclusive, para fins de promoção e seguimento na carreira.¹⁷²

¹⁷¹ SALDANHA, J. M. L. in STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de., n. 6, 2010., p. 87: “Passados oito anos do Documento Técnico nº 319S, o Banco Mundial, quase concomitantemente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, apresenta o Relatório 32789-BR intitulado “Fazendo com que a Justiça conte”, de 30 de dezembro de 2004. Nesse Relatório, o Banco Mundial muda o rumo de suas recomendações para dizer que talvez o aumento dos valores orçamentários não seja suficiente para debelar a crise do Judiciário. Com base nessa perspectiva de análise, apresenta três alternativas: a) aumentar a eficiência do judiciário; b) reduzir a ineficiência de certo órgãos extrajudiciários que condicionam as respostas do juízes; c) empreender esforços para reduzir a própria demanda.

Para o Banco Mundial, obviamente, somente a primeira alternativa caberia ao Poder Judiciário, sendo que as demais dependem de ações de outros ramos do governo. Refere que essa alternativa é a mais amplamente aceita e se fará sentir nas instâncias do Judiciário que tiverem mais baixa produtividade, por um lado e naquelas que tenham maior demanda, por outro. No que se refere à segunda alternativa, o desafio é imenso, por para o Banco Mundial tocará em importantes interesses de classe. A terceira, de igual forma, é desafiadora e controvertida, pois implica interferir em interesses nucleares daqueles que se beneficiam com a justiça morosa.

Três outras recomendações são especificamente importantes: a) aprimoramento da coleta e da análise de dados; b) solução de obstáculos imediatos adicionais ao desempenho; c) as inevitáveis decisões políticas.”.

¹⁷² BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 24: “Uma vez nomeados, é necessário um processo periódico de avaliação de juízes para manter um alto padrão, a cargo de um conselho ou outros mecanismos previamente determinados. O

Tal fato em um primeiro momento até pode parecer interessante, porém, a avaliação quantitativa sem preocupação com o mérito das demandas é um fator que influencia negativamente no desenvolvimento dos trabalhos no Poder Judiciário. Isso porque, faz com que o Judiciário passe a ser avaliado por métodos e pressupostos diretamente opostos às características de sua atividade.

A adoção de pressupostos próprios do mercado neoliberal, - como foi feito na administração geral do Estado com a reforma gerencial -, fica ainda mais evidente, agora no âmbito do Poder Judiciário, quando o Banco Mundial defende a implantação da concorrência na atividade judicante de resolução de conflitos. Nesse sentido, segundo o Documento 319, a implementação dos juízes de paz, como um termo complementar do Judiciário possibilitaria a existência de uma concorrência em nível de resolução de conflitos, o que auxiliaria em uma maior eficiência na prestação jurisdicional.

Atualmente, como tem se implementado na América Latina, os sistemas de juízes de paz não fazem parte do sistema formal. Esse sistema é uma resposta a ineficiência do Judiciário e pode assegurar a necessária competição na resolução de conflitos. Todavia, uma justiça de paz eficiente devem complementar o Judiciário e não criar

Chile e El Salvador, por exemplo, estabeleceram um sistema de avaliação administrado pela Corte Suprema. Tem sido considerado que estes programas melhoraram a imagem pública do Judiciário. Alemanha e França também se utilizam de avaliações de desempenho para decidir sobre promoções na magistratura. Outros países como os Estados Unidos, não relacionam o desempenho nas avaliações com promoções ou aumentos salariais. Deve-se tomar precauções para que um sistema de promoções não usurpe a independência do Judiciário. Se o processo de avaliação estiver vinculado a promoções e aumentos salariais, a avaliação não deve unicamente basear-se no número de casos julgados uma vez que pode estimular um processo decisório rápido, mas injusto. Atualmente a Bolívia tem, como critério para a avaliação de desempenho, certa relação com o número de processos julgados. Considerando-se que a magistratura deve estar livre de "qualquer interferência de terceiros na aplicação da lei", uma importante questão é quem implementa as normas de desempenho. Assim, pode não ser inteligente ter o Ministério da Justiça avaliando os magistrados; ao contrário, o Judiciário pode ser avaliado por seus pares.”.

instâncias adicionais, que impeçam o acesso à justiça ao invés de ampliá-lo.¹⁷³

Ocorre que, a existência de concorrência no âmbito do Judiciário poderia acarretar graves consequências. Por exemplo, o rápido desenvolvimento das resoluções de conflitos, na busca do caminho mais curto e menos custoso, porém, despreocupado com a efetiva aplicação da justiça. Assim, como se tem buscado demonstrar, a busca pela eficiência (que será abordada mais detalhadamente no último item deste capítulo) é um fator de extrema preocupação. Isso porque, de fato, como dispõe o Documento 319,

A magistratura latino americana depara-se com severos acúmulos processuais, baixos salários, staff sem treinamento e carência de tecnologia, fatores que os impedem de exercer suas funções de maneira eficiente. Como resultado, a administração da justiça necessita ser analisada como uma das áreas mais importantes da reforma. A administração da justiça engloba duas áreas: a administração das cortes e dos processos, ambos devem ser revistos visando o aprimoramento da instituição. A administração das Cortes envolve as funções administrativas das Cortes, incluindo os setores administrativos, pessoal, orçamento, sistema de informações, estatísticos, planejamento e manutenção. De outro lado, a administração de processos refere-se ao processamento das ações, abrangendo, por exemplo, o gerenciamento de processos.¹⁷⁴

Portanto, é necessário implementar incentivos ao desenvolvimento administrativo das Cortes. Porém, não é possível que uma esfera de atuação com tantas especificidades, como é o caso do Poder Judiciário, seja avaliada por um sistema próprio da esfera privada e administrativa, como é o caso da eficiência, com critérios exclusivamente quantitativos.

Para que seja possível compreender melhor esses fatores, passamos agora à análise das transformações do direito com a implementação da eficiência e da lógica de mercado no âmbito do

¹⁷³ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 40

¹⁷⁴ BANCO MUNDIAL, Jun. 1996, p. 28

sistema jurídico. Posteriormente, de forma ainda mais específica, tratar-se-á da eficiência, seus instrumentos de aplicação e suas consequências no âmbito das reformas do Poder Judiciário.

4.2 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO E A LICENÇA PARA INTERPRETAR: PORTAS ABERTAS PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Inicialmente, a fim de evitar confusão, é importante relembrar que existem diversas correntes integrantes do movimento da AED. Porém, não há dúvida entre os estudiosos que a Escola de Chicago com a microeconomia neoclássica é a teoria econômica que prevalece e que é a grande responsável pela guinada da AED, especialmente aquela realizada por Richard A. Posner. Com isso, sabendo-se que a teoria econômica neoclássica é a teoria que guia o neoliberalismo, pode-se concluir que falar em neoliberalismo e seus pressupostos está diretamente relacionado com a análise dos pressupostos da AED desenvolvida por Richard A. Posner.

Dentre os principais pressupostos defendidos pela Análise Econômica do Direito, como se pode compreender já na leitura do primeiro capítulo, está a desmistificação da pureza do pensamento jurídico e a defesa pela abertura da discricionariedade do magistrado. Conforme ficou assente, já ao final daquele primeiro capítulo, o movimento AED entende que o Poder Judiciário, antes de ser um mero reproduzidor de precedentes ou simples voz da lei, deve encontrar um meio termo entre a ação política e a exclusiva aplicabilidade da letra da lei.¹⁷⁵ Defendendo, assim, a aplicação dos pressupostos da eficiência e racionalidade econômica, em substituição ao pressuposto ético de justiça.¹⁷⁶

¹⁷⁵ POSNER, R. 2009, 627 p.

¹⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Direito transnacional, soberania e o discurso da law and economics**. In CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 89/90: “A AED, todavia, não pode ser reduzida a um método de interpretação eficiente. Ela é muito mais. Representa uma ruptura no modelo hermenêutico ocidental, tencionando encontrar-se num universo filosoficamente pragmático. Esta mudança de matriz filosófica é o meio pelo qual a lógica causa-efeito é desconsiderada, passando-se a usar o padrão da eficiência. A manipulação é maior se considerada deste o paradigma da Filosofia da Consciência. Já no caso da Filosofia da Linguagem, acolhida de bom grado neste escrito, o que se dá é a percepção de que os significantes são manipulados para se postarem de maneira

De fato, o encontro deste meio termo é uma problemática crescente na evolução do Poder Judiciário. Desde o advento do Estado Providência ocorreu uma abertura interpretativa inédita ao Poder Judiciário. Isso influenciou o seu desenvolvimento, - conforme já destacado no segundo capítulo -, e fez com que se passasse a defender uma atuação cada vez mais ativa, no sentido de possibilitar no seu espaço, a discussão por melhorias sociais. Assim, o Judiciário tem se transformado no canal entre os grupos sociais emergentes e os poderes do Estado, visando à evolução do sistema estatal atual e sua aproximação com os cidadãos. Desta forma, diz-se estar mudando o paradigma de atuação do Estado Liberal, respondendo melhor aos anseios de uma sociedade tão desigual e que sofreu tantas mudanças nas últimas décadas.¹⁷⁷

diversa, mas vinculados ao significante um: a eficiência, a qual, de seu turno, modifica-se conforme as necessidades do caso. É uma forma de interpretar que parte de escolhas ideológicas pré-dadas, indiscutidas e encantadoras. A Justiça equivale ao significante eficiência e, portanto, pretende evitar que se aponte a fragilidade da teoria. Mas não consegue. Definitivamente.”.

¹⁷⁷ FARIA, J. E., 1995, p. 36/37: “Essa é a década em que se começam a sentir com nitidez os efeitos da industrialização via substituição de importações estimulada pelo Estado, como a aceleração do processo migratório, a metropolização da pobreza, o agravamento da miséria nas áreas rurais, a ruptura dos valores culturais tradicionais, maior agressividade de comportamento, novos modos de inserção sócio-política e o acirramento das disputas pelos recursos governamentais. Alguns movimentos comunitários, religiosos e corporativos foram especialmente constituídos, nesse período, para reivindicar benefícios sociais coletivamente fruíveis, nos campos da saúde, moradia, educação, transporte etc. Nestes casos, evidentemente a solução natural não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas a implementação de políticas públicas. Trata-se de uma solução que exige não só o reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia de dinheiro, mas um fazer ou prover um serviço público contínuo, ininterrupto e impessoal. Serviços públicos requerem meios, isto é, receitas para seu custeio e competência ou poder para sua efetividade (desapropriação, policiamento, fiscalização etc.). como esses meios são escassos, dada a crise fiscal do Estado, esses movimentos comunitários, religiosos e corporativos encontram no Judiciário um canal institucional para o encaminhamento de suas reivindicações, procurando criar impasses que obrigassem a negociação. Agindo desse modo, eles não só puseram em questão o dogmatismo do paradigma jurídico prevalecente e os procedimentos tradicionais das instituições judiciárias, mediante a instrumentalização política das ações e recursos previsto pelo Código de Processo Civil, com vistas à conquista de direitos concebidos numa perspectiva muito mais material do que

Porém, esta transformação está condicionada a dois movimentos,

[...] opostos e contraditórios no âmbito das instituições e da economia: um movimento de natureza centrífuga, decorrente de um processo de globalização econômica que, com seus novos centros de produção normativa e seus mecanismos auto-regulatórios, vem erodindo alguns dos princípios básicos forjados pelo Estado liberal (como o monismo jurídico e a soberania nacional); e um movimento de caráter centrípeto, resultante das pressões, demandas e lutas protagonizadas por setores sociais desfavorecidos em favor de programas governamentais implementados por um Estado ‘forte’, ou seja, capaz de promover transferência de renda, por meio do direito tributário, com a finalidade tanto de impor um efetivo equilíbrio sócio-econômico quanto de assegurar padrões mínimos de igualdade social, condição *sine qua* para o restabelecimento de um tecido social esgarçado e para a plenitude de um regime democrático.¹⁷⁸

A partir disso pode-se identificar que, a tentativa de abertura política para a atuação do Poder Judiciário, refere-se a uma ruptura¹⁷⁹, que está diretamente influenciada por esses dois fatores, um centrífugo e um centrípeto. O primeiro refere-se à perda de soberania e, conseqüentemente, de autonomia do Estado nacional, isto é, há aqui a perda do estado ‘hobbesiano’, tornando o sistema jurídico impotente. O

formal, como também acabaram contribuindo para o alargamento dos mecanismos judiciais de ação coletiva (caso da ação civil pública criada pela Lei nº. 7.347/85), amplamente utilizados por grupos organizados na defesa de interesses difusos, classistas e corporativos”.

¹⁷⁸ FARIA, J. E., 1995, p. 44.

¹⁷⁹ FARIA, J. E., 1995, p. 46: “[...] constituem pontos de ruptura na engenharia jurídica quanto nas estruturas institucionais legadas tanto pelo Estado liberal (baseadas nos princípios da legalidade e da segurança do direito) quanto pelo Estado-Providência (baseadas na utilização do direito como instrumento de controle, planejamento e gestão), forçando-as a ‘desmontar’ seus esquemas normativos reguladores das liberdades negativa e positiva e obrigando-as a se limitar a fornecer os mecanismos processuais para as relações inter-organizacionais (ou seja, entre grandes corporações, empresas transnacionais, centrais sindicais etc).”.

segundo refere-se ao fortalecimento das características do Estado, isto é, de um Estado capaz de prover aos anseios sociais. Fica assim clara a contradição e oposição entre esses dois fatores.

Há com isso uma ruptura, que parece nos dar a ideia de transformação social em busca de uma sociedade mais justa e igualitária, vendo no juiz um novo ator de transformação, que, por um lado reforçará a soberania estatal. E, por outro lado, responderá aos anseios sociais promovendo uma sociedade mais justa.

Ocorre que, esta transformação traz algumas consequências. A primeira caracteriza-se pela criação de diversos subsistemas internos a cada sistema jurídico. Assim, os cidadãos passaram a respeitar as regras forjadas por esses subsistemas ao qual estão ligados, e não mais à generalidade do sistema jurídico nacional.

Quanto maiores são a velocidade e a intensidade desse processo, mais as instituições legislativas tradicionais vão cedendo lugar a novas fontes de produção normativa – fontes *supranacionais* (por meio da transferência de competências legais do Estado-nação para organismos multilaterais), fontes *privadas* (envolvendo práticas e procedimentos regulatórios desenvolvidos por entidades empresariais e associações profissionais), fontes *técnicas* (baseadas na expertise científica) e fontes *comunitárias* (baseadas na capacidade de articulação e mobilização dos diferentes setores da sociedade, por intermédio de ONGs e movimentos sociais). Dito de outro modo, quanto mais o direito positivo e os tribunais se revelam incapazes de superar seus déficits de rendimento ou desempenho funcional, em matéria de estabilização das expectativas normativas e de resolução de litígios, mais tendem a ser atravessados no seu papel de garantidores de controle da legalidade por justiças paralelas e normatividades justapostas, de nível infranacional ou supranacional, de caráter não-estatal, infra-estatal ou supra-estatal.¹⁸⁰

A segunda consequência caracteriza-se pela transformação dos fatos sociais em fatos jurídicos,

¹⁸⁰ FARIA, J. E., 2008, p. 37.

Ou seja: quanto mais esse direito positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas bastante técnicas e muito específicas, mais ele comprometeria as relações vitais da assim chamada *Lebenswelt*, que constituem a espinha dorsal de uma dada sociedade.¹⁸¹

Já a terceira consequência é identificada por não haver mais possibilidade de se manter o antigo direito positivo racional e tecnicista, sendo necessário sua transformação. Isso em razão das drásticas mudanças das relações sócioeconômicas, não bastando mais a simples edição de novas normas, o que apenas causa o inchaço do sistema jurídico e sua divisão em subgrupos.

Ou seja: quanto mais esse direito multiplica suas normas e leis específicas para intervir ‘tecnicamente’ na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menos seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de ‘premissas decisórias’.¹⁸²

Nesse sentido, decorre da dinâmica deste movimento uma racionalidade legal nova,

[...] forjada com base na premissa de que as formas de relações sociais condicionadas pela interconexão entre as organizações complexas hoje exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação que somente podem ser exercidos com a colaboração delas; uma racionalidade normativa responsável por uma legislação enxuta e pragmática, apta a renunciar à regulação exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos (mediante a regulação ‘padronizada’ e

¹⁸¹ FARIA, J. E., 1995, p. 49.

¹⁸² FARIA, J. E., 1995, p. 49.

‘tipificadora’ dos comportamento individuais) e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas e desenvolvidas no interior dos vários subsistemas sociais.¹⁸³

Assim, o direito positivo, toma uma nova ação social. Não busca mais a regulação de todas as relações sociais, mas sim, a harmonização de todos os subsistemas que surgiram no decorrer dos tempos, fazendo com que as relações se auto regulem e se misturem. Porém, essa busca não se dará mais como anteriormente, através de novas normas editadas, e sim através da atividade jurídica independente.

Isso implica em uma alteração da discricionariedade do Poder Judiciário. Aquelas regras que permitiam o ajuste argumentativo para solução adequada dos direitos sociais passaram agora a ter um papel interpretativo para fixação de novas diretrizes desses direito, com o aumento das possibilidades para o magistrado. Com isso o operador interpreta e procede com o processo para ser a norma propriamente dita emanada na decisão.

Nesse cenário a ordem jurídica e o direito enfrentam problemas sérios, pois passam por uma transformação da própria racionalidade jurídica e da aplicação do direito.

[...] o legislador tecnocrata se vê diante de um duplo desafio: por um lado, o de aprender a conviver com um consenso crescentemente escasso, e, por outro, o de maximizar as funções diretivas, operativas e fabuladoras de um discurso normativo cada vez mais abrangente, genérico, abstrato, programático e sem base material. Um discurso cuja finalidade básica é, em suma, propiciar a ‘epicização’ ou a ‘epopeização’ do Estado, permitindo que seus dirigentes se apresentem como ‘heróis públicos’ empenhados em atuar como grandes e iluminados ‘servidores do povo’.¹⁸⁴

Assim, a tentativa de construir um sistema o mínimo coerente, com uma pseudo-formalidade, tem feito com que o direito cada vez mais seja diferenciado entre: *law in book* e *law in action*. Isso quer dizer que, o direito genérico e formalmente legitimado é diferente daquele

¹⁸³ FARIA, J. E., 1995, p. 50.

¹⁸⁴ FARIA, José Eduardo. **O modelo liberal de direito e Estado**. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça. A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989 p. 31.

aplicado, mas isso, não é assumido como um contrasenso. Em verdade, é tratado como mais uma característica deste sistema completamente contraditório.¹⁸⁵

O que se vê com essa constatação, é o caminho pela desregulamentação, que tem traçado o Poder Judiciário na atualidade. O mesmo processo vem ocorrendo com a economia. Esse processo, característico do neoliberalismo, portanto, tem influenciado o sistema político, econômico, social e jurídico das sociedades, levando o Estado por caminhos tortuosos do qual não se sabe bem o que sairá. Nesse sentido,

A desintermediação, a descompartimentação e a desregulamentação são três características essenciais deste processo.

- A *desintermediação* traduz-se na perda de importância da tradicional intermediação da banca nos mecanismos do crédito. Os grandes *investidores institucionais* (empresas multinacionais, empresas seguradoras, bancos, fundos de pensões e mesmo os Tesouros nacionais de alguns países) têm acesso directo e em tempo real aos mercados financeiros de todo o mundo para a colocação dos fundos disponíveis e para a obtenção de crédito, dispensando o recurso aos intermediários financeiros e evitando os respectivos custos de intermediação (o

¹⁸⁵ FARIA, J. E. (Org.), 1989, p. 31: “É no âmbito dessa anbiguidade entre o *law in book* e o *law in action* que vêm emergindo, portanto, as dificuldades crescentemente intransponíveis para que o processo de legitimação ‘legal-racional’ forjado pelo liberalismo jurídico-político possa continuar cumprindo seu papel ideológico e retórico em contextos cada vez mais complexos. Afinal, se por um lado as leis não podem deixar de ser genéricas, abstratas e impessoais, por outro, a sua formulação, em razão do próprio caráter programático e corporativo da ação regulatória do Estado intervencionista, é cada vez mais verticalizada, abrindo caminho para a profusão de instruções normativas, resoluções administrativas e decretos-leis. E, a um ponto tal, que a flexibilidade e a diversidade dos novos modos de juridicidade vão, como num círculo vicioso, acarretando inúmeros problemas cuja solução exige novo alargamento da ‘jurisdição’ administrativo-normativa dos ‘anéis burocráticos’, sem que existam técnicas retóricas em condições de elevar ainda mais a generalidade, a abstração e a impessoalidade das normas básicas que compõem o sistema legal.”.

financiamento directo e autofinanciamento substituem o financiamento indirecto).

- A *descompartimentação* significa a perda de autonomia de (a abolição das ‘fronteiras’ entre) vários mercados até há pouco separados (mercado monetário, mercado financeiro, mercado de câmbio, mercados a prazo) e agora transformados em um *mercado financeiro único*, não só à escala de cada país mas também à escala mundial.

- A *desregulamentação* consiste na plena liberalização dos movimentos de capitais, processo que teve início nos EUA nos anos 70 do século passado, prosseguindo de imediato com a abertura do sistema financeiro japonês em 1983/84 (em grande parte por imposição do EUA), o desmantelamento dos sistemas nacionais de controlo de câmbios na Europa (nomeadamente com a criação do *Mecanismo de Taxas de Câmbio do Sistema Monetário Europeu* e a *liberalização completa dos movimentos de capitais*, no início da década de 1990) e a liberalização ‘imposta’ aos países da Europa Central, da América Latina e da Ásia do Sudeste.¹⁸⁶

Portanto, o que vem ocorrendo, e se constata no transcurso deste trabalho é a abertura e fortalecimento das vias extrajudiciais de resolução de conflitos. Entretanto, com a perda dos tradicionais métodos de resolução de conflitos, perde-se, também, o parâmetro da resolução, ou seja, da legislação. Com isso, o parâmetro passa a ser, cada vez mais, o contrato firmado entre particulares e a decisão do conflito *inter partes*. Logo, há uma completa desregulamentação e liberdade para realização de contratos, com a garantia, única e exclusiva da propriedade.¹⁸⁷

Se há um denominador comum entre esses distintos regimes legais e essa imensa variedade de corpos regulatórios e adjudicatórios transnacionais surgidos com a globalização da

¹⁸⁶ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 210.

¹⁸⁷ Aqui, pode se compreender, em certa medida, o motivo pelo qual o Banco Mundial entre outras forças econômicas estimulam a criação e fortalecimentos dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

economia, como fica particularmente claro na proteção dos direitos à propriedade intelectual, no reforço da segurança jurídica das transações em um mundo virtual e nas negociações para a liberalização dos movimentos de capital, ele é representado pelo fato de que quase todos esses regimes têm sido concebidos com base nos valores, categorias, conceitos, diagnósticos e prescrições prevalentes no âmbito das economias centrais e postos em prática pelos mecanismos fiscalizadores e controladores dos mais diversos organismos multilaterais e órgãos (formais e informais) da chamada “governança multinível”, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Grupo dos Sete Países Industrializados (o G-7, grupo informal que exerce papel-chave na regulação das finanças mundiais), o G-20 (o G-7 expandido, incluído outros países “sistemicamente importantes, como Rússia, China, Índia, África do Sul, Arábia Saudita e Brasil), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, o Banco para Compensações Internacionais (BIS) e o Comitê de Basileia de Supervisão Bancária, ou, então, de órgãos de integração econômica regional, como a União Européia (EU), o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta), o Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul), a Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean), a Associação de Países do Pacífico Asiático (Apec) etc. [...] Ao todo, existiriam hoje mais de 350 instituições desse gênero, com diferentes níveis de escala e de autoridade, metade criada após 1960, exercendo funções que se entrelaçam e corroem a soberania dos Estados, levando a transferência de competência que abrem caminho para o que muitos autores chamam “vazios de legitimação” [...] ¹⁸⁸

¹⁸⁸ FARIA, J. E., 2008, p. 39/40.

O que se extrai disso é uma completa confusão política, jurídica, administrativa e epistemológica que afeta todo o sistema de justiça brasileiro,

[...] questões como essas revelam os motivos pelos quais o Estado brasileiro continua esbarrando no paradoxo de negar a legalidade formal, a rigidez hierárquica e a segurança do direito em sua prática decisória e, ao mesmo tempo, precisar de um sistema legal minimamente articulado, capaz tanto de coordenar quanto de ocultar a diversidade, a heterogeneidade e a assimetria de suas formas jurídicas e de seus instrumentos normativos, obtendo os efeitos de univocidade, completude e perfeição lógica mediante recurso ao arsenal retórico e conceitual do liberalismo jurídico-político.¹⁸⁹

Como já foi destacado, uma das principais características do movimento AED e do neoliberalismo é a defesa da liberdade de contrato e o total respeito aos seus preceitos. É nesse caminho, que estão as transformações do direito e do Poder Judiciário. De fato, é a partir dessa perspectiva que se percebe a influência da Análise Econômica do Direito nos processos reformados do sistema de justiça brasileiro.

Isso porque, atualmente os valores utilizados continuam sendo os do Estado Liberal, porém com uma carga de disfarce social. Logicamente, com o advento dos direitos sociais aquele Estado liberal passou por algumas transformações, como se demonstrou. Porém, a aplicação dos direitos sociais nada mais foi que a concessão de alguns direitos para que o Estado Liberal não entrasse em colapso total.¹⁹⁰

¹⁸⁹ FARIA, J. E. (Org.), 1989, p. 34.

¹⁹⁰ ROSA, A. M. da, *in* CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Orgs.), 2009, p. 79/80: “Este modelo gera “vítimas” e depois as constata via “Relatórios Mundiais”, para os quais se apressa em apresentar novas (ilusórias) soluções. Enfim, o problema social é antevisto e fomentado para, depois, justificar um novo recrudescimento de controle social, na implementação da “doutrina de choque” de que fala Klein. Vale destacar que o “Informe sobre o Desenvolvimento Humano” produzido pelo “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” (PNDU) e pelo “Banco Mundial” sobre a pobreza, foi a justificativa retórica para o redirecionamento das políticas públicas, agora catalisadas para a redução da pobreza, dando azo a uma nova investida de “ajustes estruturais”, ou seja, mitigação de Direitos Fundamentais. A questão

Assim, esta transformação longe de ser um avanço nos desenvolvimentos sociais, é a abertura para a realização de contratos cada vez mais realizados de forma independente de qualquer regra. Isso se dá, pois, essa possibilidade de julgamento aberto, com a roupagem de defesa dos direitos sociais, passou a ultrapassar as barreiras da legislação aplicável para se transformar na aplicação daquilo que para o magistrado a lei representa. Isto é, da liberdade de interpretar passou para a licença de interpretar, que não prevê nenhuma regra e tudo está ao bel prazer do aplicador, que segue a cartilha neoliberal influenciado pelos diversos pólos de poder que emergiram nos últimos anos e ditam, cada um a sua maneira, as regras que desejam aplicadas.

Com efeito, o rompimento com o Estado-Nação implica uma nova relação entre o colonizados e o colonizado. Isto porque não se trata mais da proeminência do Estado-Nação sobre outro, mas do deslocamento deste lugar para as formas motrizes do Mercado (Conglomerados, Bancos, Multinacionais etc.) as quais se valem dos “Aparelhos Ideológicos do Mercado” para manter a situação de opressão, naturalizada. Uma metrópole sem rosto, nem etnia, representada pelo capital. Não há ninguém nos comandos justamente porque tal poder não existe, inexistente um Outro do Outro (Lacan, na pena de Žižek). Na última quadra do século passado, todavia, diante do dito “progresso do neoliberalismo”, em nome do *poder-tudo-que-quiser-em-nome-da-liberdade* operou-se um declínio deste lugar de Referência, a saber, a “norma” deixou de ter a função de limitar a

social é circunscrita dentro dos limites máximos à estabilização econômica, alterando o critério do modelo do Bem-Estar Social. Mediante cooperações internacionais (dos Fundos), obriga-se a realização dos ajustamentos estruturais necessários ao modelo neoliberal, no que se denomina de *soft power*, pelo qual a cooptação econômica substitui o *hard power* militar. Este *soft power* não apresenta a face do capital, mas a de organismos multilaterais capazes de implementar uma ingerência interna acentuada, ainda que siga silenciosamente o receituário neoliberal. Daí seu efeito deslumbre e assentimento irrefletido de muitos preocupados em ser eficiente. Sob a bandeira do combate à pobreza, implementam-se programas de controle social sob o papel de presente de assistência, sempre transitória. Estes programas sociais normatizantes são focados nos mais pobres, dentro dos limites orçamentários, deixando a extragrande maioria da população excluída.”.

satisfação, entregue a um mercado vazio e iluminado de satisfações, em que tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria Direitos Fundamentais é extinta e tudo passa a ser direito de propriedade, negociado no Grande Mercado globalizado.¹⁹¹

O Judiciário, neste sentido, passa a ser o centro de poder das repúblicas. A ausência de lei, ou inaplicabilidade dela a determinado caso é a abertura do sistema para ‘o fato’. ‘O fato’ contrário ou sem lei que o ampare passa a ser o válido, desde que respaldado pela decisão do juiz. Portanto, o válido, o legal, o direito, passa a ser a decisão do juiz.

Ora, com estas possibilidades de atuação e perda do poder das legislações, retira-se a possibilidade de participação às normas. Isso porque, para que se possa transformar, deve-se conhecer. O direito deve ser conhecido para ser transformado.¹⁹² Sem esse conhecimento não há invenção, coloca-se a lei ao gosto do que se quer, pois, se não há norma, não há possibilidade de transgressão e não há possibilidade de criação. Neste caso tudo passa a depender das circunstâncias e a compreensão de justiça passa a ser confundida como aquilo que é justiça para o magistrado. E assim, com a adaptação da AED, justiça pode significar eficiência.

Logo, os processos de reforma, no formato em que vêm sendo implementados não são capazes de responder a toda a crise. Nesse sentido, analisar o paradigma de atuação do Judiciário é um ponto essencialmente importante, pois, a forma de atuação da justiça é extremamente saliente em uma possível transformação deste Poder.

Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos econômicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panacéia. É preciso tomar em conta e submeter à análise sistemática outros fatores quiçá mais importantes. Por um

¹⁹¹ ROSA, A. M. da, in CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Orgs.), 2009, p. 74/75.

¹⁹² BISTRA, Stefanova Apostolova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 64: “Nesse contexto, o Estado se constitui como instrumento aniquilador de toda liberdade de criação do indivíduo e meio ilegítimo de dominação, dado que os poderes que este possui foram usurpados e consolidados em forma de costumes e direitos.”.

lado, a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição dos custos, mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça.¹⁹³

Entretanto, o que se vê, é a busca constante pela redução dos custos, e de rapidez na prestação jurisdicional, que influenciada, especialmente, por forças econômicas e ideológicas, está diretamente ligada aos pressupostos da Análise Econômica do Direito. De fato, conforme defende este movimento, os processos de reforma buscam pressupostos próprios da atividade econômica privada para implementá-las no âmbito da administração pública, e nesse particular, no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, a economia, fortalecida pela AED, tem imposto ao sistema jurídico um novo passo no entendimento do que é o direito. Passa-se a tê-lo, como instrumento voltado para o futuro, deixando de pensar, exclusivamente nos fatos passados.¹⁹⁴ Agora ele coloca seus

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça. A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989, p. 47/48.

¹⁹⁴ POSNER, R., 2007 (b), p. 362: “A caracterização de uma lei como um comando faz com que fique natural pensar a interpretação em termos de afirmação das necessidades do redator, das quais suas palavras são apenas um indicio. Durante um ataque, um tenente no comando de um pelotão descobre que seu caminho está obstruído por uma inesperada casamata subterrânea do inimigo. Ele tem duas opções (além de interromper o ataque): seguir adiante na direção da casamata ou tentar contorná-la pela esquerda. Pelo rádio, pede instruções ao comandante de sua companhia. O comandante diz “Prossiga” – mas, antes que possa dizer qualquer outra coisa, o rádio emudece. Se o comandante do pelotão decidir que, por não ter recebido um comando inteligível, não deve fazer nada enquanto não conseguir comunicar-se de novo pelo rádio, sua decisão será errada. A parte da mensagem que foi recebida indica que seu comandante queria que ele prosseguisse com o ataque, e é quase certo que o comandante teria preferido que o tenente, em sua condição de pessoa no local da ação, tomasse sua própria decisão sobre o que fazer, em vez de não fazer nada e levar o ataque ao fracasso. No caso do tenente, assumir a posição de que não deve fazer nada porque não recebeu uma ordem clara seria uma ‘interpretação’ irresponsável da ordem emitida pelo seu capitão.

Observe-se o caráter de prospectivo do método interpretativo ilustrado pelo exemplo militar, comparado com o caráter retrospectivo do soro da verdade, ou da perscrutação mental, e das abordagens de significado evidente. Há uma diferença, ainda que apenas de tom ou atitude – mas essas diferenças podem ser importantes –, entre uma abordagem interpretativa que enfatiza a adaptação ao

olhos para o futuro, a fim de ser instrumento para o alcance de determinado objetivo.

Expressando-se sob a forma de princípios, recomendações, códigos de conduta e “diretivas”, esse tipo de norma não estabelece *a priori* as regras do jogo nem assegura determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal clássico). E também não impõem a obtenção compulsória de determinados resultados (papel básico do direito social e do direito econômico no Estado intervencionista, *keynesiano* ou “providenciário”). Concebidas basicamente para neutralizar conflitos inter-sistêmicos e litígios resultantes do processo de negociação legislativa com setores profissionais, acadêmicos e sociais acima mencionados, são normas que substituem as tradicionais racionalidades formal e material por uma racionalidade nova, de caráter meramente procedimental, aspirando, apenas, e tão-somente, a uma regulação indireta. São normas que renunciam a quase toda pretensão de supremacia e universalidade, reconhecendo a autonomia decisória de sistemas sociais e econômicos diferenciados e auto-regulados e limitando-se a promover uma articulação entre eles, com o objetivo de assegurar seu equilíbrio sem o risco de comprometimento de suas respectivas racionalidades internas.¹⁹⁵

futuro (o que deve ser *feito*?). é a diferença entre uma abordagem tradicionalista e uma abordagem pragmática do direito. Um pragmatista reconhecerá a propensão à interpretação das leis da descrição feita por W. H. Auden (em seu poema ‘In Memory of W. B. Yeats’) da interpretação de um poema: ‘As palavras de um homem morto / Modificam-se nas entranhas dos vivos.’ A abordagem do significado evidente da interpretação das leis exclui a consideração das condições atuais; a abordagem pragmática vê uma lei como um recurso para se lidar com os problemas do presente, o que equivale a dizer com o futuro da lei. Do ponto de vista pragmático, não faz diferença se o texto é superficialmente claro (isto é, claro sem levar em conta o mundo), obscuro ou, como no exemplo militar, nitidamente incompleto (uma forma particularmente transparente de falta de clareza).”

¹⁹⁵ FARIA, J. E., 2008, p. 74/75.

Deve-se, assim, atentar para os possíveis problemas que ocorrem quando tudo gira em torno da economia, da maior eficiência e da maximização de riqueza. Dentre eles, importante destaque deve ser dado justamente à instrumentalização do direito e do Poder Judiciário¹⁹⁶. Isso porque, a influência exercida pelas forças econômicas nos processos de transformação do direito tendem a transformar e utilizar o direito a seu próprio favorecimento. Nesse sentido, o mercado neoliberal passa a influenciar o Poder Judiciário na instrumentalização do direito, para ver-se, a si mesmo transformado ou defendido, a partir dele. Ou seja, a construção e defesa de uma determinada ideologia econômica pela própria economia, mas através dos instrumentos do Estado, neste caso, do Poder Judiciário.¹⁹⁷

¹⁹⁶ ROSA, A. M. da, in CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Orgs.), 2009, p. 85/86: “A proliferação do discurso técnico-econômico implica a – aparente – despolitização do jurídico. As consequências podem se fazer ver na maneira pela qual os conflitos sociais são encaminhados, ou seja, na lógica contratual de custos/benefícios sociais, sem uma vinculação normativa estrita. Longe de se defender um retorno (saudosista) ao normativismo (positivismo) e sua maneira formalista de compreender o mundo, pretende-se demonstrar como este diálogo opressos e sem “hospitalidade” entre o neoliberalismo sobre o Direito tornou a teoria da decisão judicial um instrumento a ser medido pela “eficiência do provimento”. Para além da resolução dos conflitos (cível) ou caso penal, percebe-se a colocação da decisão judicial numa cadeia de significantes que deve, necessariamente, guardar uma parametricidade com as diretrizes econômicas, transformadas em critério do sistema decisório. Esta intrincada relação não se faz tranquilamente, mas ao preço de muita manipulação ideológica (ZIZEK) e “violência simbólica” (BOURDIEU). O jurídico é transformado, assim, numa esfera técnica aparentemente despolitizada. O preço de tal “lugar” é o do desfazimento da Democracia e o do esvaziamento do que se denominou Justiça Social. O ponto de vista econômico é trazido como um *a priori* indiscutido, verdadeiro dogma sagrado. A proeminência do discurso economicista é pré-dado; único caminho adequado ao sujeito (dito) racional. Com a introdução do critério rígido da eficiência econômica a resposta está garantida, não obstante seu conteúdo variável no tempo, espaço e contexto. É a tradução do discurso único no campo do Direito.”.

¹⁹⁷ FARIA, J. E., 2008, p. 31: “Um dos aspectos mais significativos e conhecidos do fenômeno da globalização é o crescente predomínio dos sistemas financeiros e econômicos sobre os sistemas nacionais locais. À medida que o livre comércio se generaliza, as disputas pelo mercado se tornam mais acirradas e as empresas transnacionais passam a atuar como sistemas integrados, os processos decisórios nacionais são submetidos a pressões desregulamentadoras – sob a forma de privatizações de serviços essenciais, alienação de empresas públicas, revogação de monopólios estatais, substituição de estratégias

Com esta instrumentalização do direito e do Poder Judiciário, é que ele passa a ser instrumento para a transformação da sociedade, como deseja a AED, porém, a transformação que se caminha é a implementação cada vez mais forte e livre do mercado neoliberal, por meio da eficiência.¹⁹⁸

E, é justamente a implementação da eficiência no âmbito da atividade jurisdicional que será o tema tratado no próximo item, a fim demonstrar seus instrumentos de aplicação e desmistificar suas influências e consequências.

protecionistas pela liberalização comercial, flexibilização da legislação trabalhista, redução de encargos sociais etc. – e acabam sendo reformulados ou redesenhados.”.

¹⁹⁸ ROSA, A. M. da, in CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Orgs.), 2009, p. 78: “Cria-se, assim, um novo princípio jurídico: *o do melhor interesse do mercado*. O Direito é um meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas. Na perspectiva de unificar o novo “mercado mundial”, as normas de comércio devem se adequar ao novo modelo diminuindo os custos e os riscos das transações. Significa a construção de uma estrutura mundial em que os Estados são incapazes de sozinhos provocar modificações significativas, embora tenham um papel fundamental na garantia da “ordem pública”, principalmente na “esfera de controle social”. Assim é que não há mais lugar para o Estado-nação entregue ao jogo sem regras de uma globalização neoliberal do pensamento único, sem possibilidade de garantir as normas necessárias ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Surge agora um Direito Flutuante, Reflexivo, com pretensão de universalidade, à mercê do Mercado. Ao Estado, então, é resguardada a função interna de garantia da ordem social mediante o agigantamento do sistema de controle social (crimes, penalização e programas sociais), não sem a intervenção de organismos internacionais, como se verifica atualmente com o terrorismo, ameaça ecológica, armas químicas/nucleares e droga. A globalização é complexa, com fatores culturais, jurídicos, sociais, ideológicos e culturais, especialmente econômicos. O mercado mundial unificado implica uma proeminência do mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos, com diversas estratégias: a) Criação de Órgão Supranacionais (OMC, dentre outros), nos quais as decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático; b) Validade das normas internacionais sobre o direito interno, para além da noção clássica de Soberania, abrindo-se as portas pelo discurso dos Direitos Humanos; c) reflexibilidade da estrutura do ordenamento jurídico interno; d) Poder de conglomerados e do capital financeiro que circula sem limites, em face dos Estados.”.

4.3 LIVRE MERCADO E REFORMA DO JUDICIÁRIO: EFICIÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO

Como se tem percebido com o estudo até então desenvolvido, os processos de reforma têm minimizado as complexidades da crise do Poder Judiciário. Desde 1989, Boaventura de Sousa Santos já assinalava que existem dois tipos de reforma: as reformas no interior da justiça civil tradicional e as reformas para criação de alternativas à justiça tradicional.¹⁹⁹ No Brasil, até a fase atual, apesar de terem sido implementados ambos os tipos de reforma, a mais forte ainda é a reforma do interior da justiça civil tradicional.

Entretanto, o processo de reforma não pode nunca ser minimizado em um único tipo ou em uma única preocupação, correndo

¹⁹⁹ SANTOS, B. de S., *In* FARIA, J. E. (Org.), 1989, p. 54/55: Distinguirei dois tipos de reformas: as reformas no interior da justiça civil tradicional; e a criação de alternativas. Quanto às primeiras são de salientar as seguintes: o reforço dos poderes do juiz na apreciação da prova e na condução do processo segundo os princípios da oralidade, da concentração e da imediação, um tipo de reformas com longa tradição na teoria processualista européia iniciada pela obra pioneira de Franz Klein; a criação de um novo tipo de relacionamento entre os vários participantes no processo, mais informal, mais horizontal, visando um processamento mais inteligível e uma participação mais ativa das partes e testemunhas. Como exemplo deste tipo de reforma citarei o chamado *Stuttgart Modell* na Alemanha Federal e os tribunais de grande instância criados em 1967 nos departamentos periféricos da região parisiense, por último, e relacionado com os anteriores, as reformas no sentido de ampliar o âmbito e incentivar o uso da conciliação entre as partes sob o controle do juiz.

As reformas que visam a criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grande semelhança com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, senão mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes. Neste domínio os países socialistas do Estado do Leste Europeu têm uma grande experiência (os tribunais sociais e os tribunais de camaradas) assim como a China e o Japão com as instituições, algumas ancestrais, de mediação. Em tempos recentes, são de mencionar a criação experimental dos centros de Justiça de bairro nos EUA e os *conciliateurs* em França. Em Portugal algumas iniciativas no mesmo sentido no pós 25 de abril não tiveram qualquer concretização.”.

o risco das reformas do Judiciário jamais serem completas. Logo não se pode falar em racionalização das decisões e gerenciamento processual em busca de eficiência e rapidez sem falar na estrutura do Poder Judiciário e no seu paradigma de atuação. Da mesma forma, não se pode deixar de falar, no aumento da discricionariedade do juiz sem falar em sua formação e no próprio conceito de direito que se tem trabalhado nos últimos tempos.²⁰⁰ Enfim, não se pode falar em Reforma do Poder Judiciário sem falar em Reforma do Estado Democrático de Direito.

Tais questionamentos já foram levantados anteriormente. Agora, a fim de concluir o trabalho, resta demonstrar como os processos de reforma longe de seguirem os conselhos da sociologia jurídica, estão, em verdade, aplicando a eficiência na luta contra a morosidade da justiça sem se preocupar com outros parâmetros. E essa eficiência é aquela tão defendida pela Análise Econômica do Direito, de busca pela velocidade ao menor custo de sua aplicação, enfim, busca da maximização de riqueza.

Grande parte das problemáticas enfrentadas pelo Judiciário na atualidade decorre da concepção de dupla racionalidade apreendida no Estado Social ou, como se preferiu dizer, Estado Providência. Essa dupla racionalidade é composta pelo princípio da legalidade e pelo critério da eficiência. Isso tem influenciado a existência de normas gerais e a atuação em um formalismo de fachada, possibilitando a defesa da eficiência (com decisões que podem sempre variar, adequando-se argumentativamente à medida que se deseja) sem perder de vista o princípio da legalidade.²⁰¹

²⁰⁰ SANTOS, B. de S., *In* FARIA, J. E. (Org.), 1989, p. 59: “A contribuição maior da sociologia para a democratização da administração da justiça consiste em mostrar empiricamente que as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem complementadas com outros dois tipos de reformas. Por um lado, a reforma da organização judiciária a qual não pode contribuir para a democratização da justiça se ela própria não for internamente democrática. E neste caso a democratização deve correr em paralelo com a racionalização da divisão do trabalho com uma nova gestão dos recursos de tempo e de capacidade técnica. Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados sem a qual a ampliação dos poderes do juiz proposta em muitas das reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para a democratização da administração da justiça que se pretende.”.

²⁰¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico.** *In* FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 43: “O

Assim, o que ocorre é um novo processo que, apesar da criação de leis, elas são sempre mais gerais e menos específicas.²⁰² Há, portanto, um processo de desformalização, deslegalização e desregulamentação.²⁰³ Essa desregulamentação, não só configura a aniquilação do Estado, mas também, a transformação da ação do magistrado em uma atividade extremamente discricionária.

Essa é a “ironia do Estado”, ou seja, a consciência de que já não pode controlar, produzir e dominar o que fazia até então de modo incontastável. A ironia aparece quando a pretensão de exclusividade e universalidade do poder é substituída por atitudes pragmaticamente mais contidas – atitudes essas expressas não pela

Estado social atua com base numa dupla racionalidade: uma, presidida pelo princípio da legalidade; outra, orientada pelo critério da eficiência. Grande parte da incoerência normativa decorre da estratégia adotada para o equilíbrio dessas racionalidades.”

²⁰² FARIA, J. E., 2008, p. 74: “[...] a lei não é mais um fato, mas um processo. Ela não é mais um ato, mas um programa de ação; e não cria mais instituições, porém elabora cenários. À medida que abandonam a pretensão de promover uma regulação direta da sociedade, limitando-se a estabelecer premissas para decisões, a fomentar entendimentos e engajamentos recíprocos e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica em contextos plurais e cambiantes, essas normas acabam introduzindo no ordenamento jurídico uma flexibilidade desconhecida pelos padrões legais prevalecentes desde o advento do moderno Estado de Direito.”

²⁰³ CAMPILONGO, C. F., In FARIA, J. E. (Org.), 1998, p. 47/48: “*Desformalização, deslegalização e desregulamentação* são algumas das palavras de ordem desse momento de crise do Estado. Remanesce a impressão de que tanto o primado da norma geral e abstrata utilizada para a ‘interpretação de bloqueio’ quanto as normas programáticas, as políticas públicas e as regras promocionais instrumentalizadas para a ‘interpretação de legitimação’ são inadequadas para o enfrentamento de parte da nova seletividade do sistema jurídico. Os filtros restritivos da racionalidade formal e os inclusivos da racionalidade matérias são criticados exatamente por suas limitações na promoção dos ajustes entre uma sobrecarga de demandas sociais e um contexto de crescente escassez de recursos a serem distribuídos socialmente. Ora, é exatamente nesse momento de luta hobbesiana pela manutenção de nacos dos poucos recursos partilháveis que entram em cena novos critérios seletivos. Dentre eles, as várias estratégias desregulamentadoras vão facilitar, então, uma redistribuição despida de transparência e de imparcialidade. É esse o grande risco da racionalidade jurídica conjuntural.”

presunção de constituir a última instância das decisões políticas e jurídicas, mas de ser uma voz a mais no concerto social. Num contexto em que nenhum sistema – inclusive o normativo – tem isoladamente força e competência para se impor, legisladores e operadores do direito passam a reagir de duas maneiras [...]. A primeira reação é a de caráter pontual e envolve a adoção de um certo distanciamento com relação aos códigos, leis e normas desprovidas da necessária base material social ou econômica para serem eficazes, deixando-se simplesmente de aplicá-las em determinados casos ou, então, aplicando-as de modo seletivo em outros, conforme as circunstâncias. Trata-se de uma iniciativa basicamente informal, que, na sua dinâmica, acaba endossando iniciativas e decisões contraditórias dos diferentes órgãos governamentais e que tem feições sempre instáveis, pois depende de circunstâncias impossíveis de serem reproduzidas ao longo do tempo de modo duradouro e inalterável (Santos: 1996). A segunda reação é bem mais ambiciosa do que a primeira e envolve duas estratégias complementares. Uma delas é a definida pelos juristas como processo de *desjuridificação*. A outra é por eles chamada de *procedimentalização* do direito. [...]

Nos dois casos, o objetivo é desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e das leis pela diversidade e pela flexibilidade normativa.²⁰⁴

Entretanto, essa desregulamentação não pode ser tratada com simplismo. Isso porque, ela configura, em verdade, uma transformação do paradigma, com a cada vez maior derrocada do direito positivo,

²⁰⁴ FARIA, J. E., 2008, p. 54/55

dando espaço a esta nova realidade de desregulamentação e deslegalização.²⁰⁵

Assim, como se vê, o direito positivo não é mais capaz de responder às transformações sociais e jurídicas. Ocorre que, seu abandono, ou seja, a mudança do paradigma não acontece por acaso. O que se dá é que, a partir do final dos anos 80, como já se destacou no segundo capítulo, o inchaço normativo e a estrita observância formal da lei entrou em colapso total. O positivismo jurídico não conseguia mais responder aos graves problemas que assolavam a sociedade e sua estrutura lógica, única e soberana, passou a ser desmistificada e se perder.

Mas, um dos fatores mais relevantes para esta derrocada foi a implementação da eficiência na estrutura administrativa. Isso porque, com a neutralidade formalista e fechada do direito, assim como, seu tratamento como um fim em si, constatou-se que o positivismo jurídico não conseguiria realizar a desejada troca do conceito de justiça pelo de eficiência. Logo o direito passa a ganhar um novo corpo, formado por instrumentos e mecanismos diferenciados que visam garantir, antes de tudo, a eficiência econômica na sociedade e a maximização das riquezas.²⁰⁶

²⁰⁵ FARIA, J. E., 2008, p. 61: “Desregulamentação e deslegalização não significam menos direito. Significam, isto sim, menos *direito positivo* e menos mediação das instituições políticas na produção de regras, em benefício de uma normatividade emanada de diferentes formas de contrato e da tendência dos diferentes setores da vida social e econômica à auto-regulação e auto-composição de conflitos. Desregulamentação e deslegalização, no âmbito do Estado-nação, nada mais são do que outro modo – bem mais amplo, difuso e sofisticado – de regulamentação e legalização em âmbitos não-estatais. Em termos concretos, trata-se de uma *re-regulamentação* e de uma *relegalização* que ocorrem tanto no âmbito de organismos inter e supra-nacionais, com princípios, valores, lógicas, práticas, procedimentos deliberativos e velocidades decisórias distintos dos órgãos e procedimentos legislativos dos Estados, quanto no interior dos próprios sistemas e subsistemas socioeconômicos – mais precisamente, no âmbito das organizações empresariais e dos conglomerados capazes de efetuar investimentos produtivos, assegurar acesso a tecnologia de ponta, construir canais de distribuição, universalizar a oferta de serviços essenciais, criar novos empregos, gerar receita tributária etc.”.

²⁰⁶ FARIA, J. E., 2008, p. 44/45: “Outra limitação estrutural do direito positivo e de suas instituições judiciais diz respeito à discrepância entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, com sequências lógicas e binárias, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da

É a partir dessa percepção de dupla racionalidade presente na atividade jurisdicional e na, cada vez maior, abertura da discricionariedade da atuação do Poder Judiciário que se encontra a influência da Análise Econômica do Direito.

É com esta conjunção ‘mágica’, que une a racionalidade mercadológico-financeira da doutrina econômica contemporânea às hábeis técnicas ‘canônicas’ de submissão e amor à lei, que se institui e bem articula talvez a maior ameaça ao jurídico: a Law and Economics, ou também conhecida como Análise Econômica do Direito – AED. É esta a teoria instrumental que sistematiza organiza de modo ‘metodológico’ e ‘científico’ a ascendência do econômico sobre o jurídico; que provoca, declarada e abertamente, a viragem que torna o direito em mera técnica de vinculação ao custo-benefício. Esta é a nova lógica pretendida de um Direito econômico. Aqui, o paradigma da eficiência volta a ser o cerne de

abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema fechado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais tanto para apreender quanto para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais funcionalmente diferenciadas – situações essas, como já foi dito, cujas relações da interdependência não são hierárquicas, mas estruturadas em forma de rede. As exigências de objetividade e as condições de validade do direito positivo se chocam com as necessidades de flexibilidade e adaptabilidade das novas políticas regulatórias, cuja implementação depende de uma intrincada articulação entre instrumentos normativos, meios materiais e condições institucionais. Seu formalismo excessivo e o caráter rigidamente escalonado do sistema jurídico tendem a impedir a visão da complexidade socioeconômica e a percepção da crescente singularidade dos conflitos, em contextos marcados por mudanças muito rápidas e, por vezes, radicais. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular, disciplinar e controlar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos, acarretando com isso graves distorções nos preços e reduzindo a eficiência na alocação de recursos. E muitas de suas prescrições assentadas em sanções de caráter punitivo-repressivo, bem como aplicadas por tribunais submetidos a ritos processuais excessivamente detalhistas e bastante morosos, são incompatíveis com as exigências de rapidez, agilidade, flexibilidade e adaptabilidade dos novos paradigmas de produção e dos novos padrões de funcionamento do comércio mundial e de um sistema financeiro globalizado.”.

operacionalização, sendo utilizado em favor de uma justificação do fazer-crer no sistema de Mercado, agora global.²⁰⁷

A influência da economia nas decisões judiciais, bem como, de uma ideologia predominantemente neoliberal fica ainda mais evidente quando se analisa a visão dos magistrados. O que se vê, nesse sentido, é que na grande maioria, os magistrados defendem a diminuição do Estado, o fortalecimento da liberdade de contrato e a defesa da propriedade privada e do livre mercado, bem como, da globalização.

Essa visão pró-redução da presença do Estado na Economia, predominante entre os magistrados entrevistados, é consistente com os resultados de Vianna *et al.* (1996). Esses autores obtêm que a maior parte dos magistrados apóia a integração da economia brasileira ao mercado mundial, com a supressão das restrições ao capital estrangeiro, e com algum grau de prioridade pela maioria (52%). O apoio à privatização de empresas estatais é tão ou mais forte: 34% dos magistrados consideram uma alta prioridade, enquanto 46% lhe atribuem alguma prioridade e 14% baixa prioridade. Essas proporções contrastam com os 22%, 37% e 22% dos magistrados que atribuíram prioridade alta, alguma e baixa, respectivamente, a ‘implementar o desenvolvimento econômico, com a expansão do investimento público’. Agrupando essas várias respostas relativas à intervenção do Estado na Economia, Vianna *et al.* (1997) concluem que os magistrados são majoritariamente favoráveis a um baixo nível de intervenção do Estado.²⁰⁸

É com esse posicionamento que se fortalece a aplicação do direito com características cada vez mais utilitaristas, individualista.²⁰⁹ O que

²⁰⁷ MARCELLINO JR, J. C., 2009, p. 219.

²⁰⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil.** In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia** Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 273/275.

²⁰⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário.** In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

facilita a defesa da liberdade de contrato, da livre circulação de mercadorias, enfim, da manutenção da estrutura econômica neoliberal.²¹⁰

A implementação da eficiência, para que seja bem efetivada exige ainda um maior desprendimento do formalismo burocrático. Com efeito, pode-se considerar causa e consequência da diminuição da burocracia. Entretanto, seu grande problema quando implementada no Judiciário é a ausência de preocupação com a qualidade, ou melhor, o mérito das decisões.²¹¹

Assim, em defesa da eficiência e da celeridade processual se busca e se propõe uma nova hermenêutica, capaz de se preocupar com o caso em concreto, que dê ao magistrado mais discricionariedade, com seu desprendimento das regras exclusivamente positivadas, atribuindo-lhes uma liberdade em busca da justiça.

Esse é o caminho construído por *Barroso*, o qual denominou de pós-positivismo no sentido de uma nova hermenêutica constitucional, edificada sobre o fundamento da dignidade humana, com o papel criativo do magistrado que, ao exercer o poder da

²¹⁰ MARCELLINO JR, J. C., 2009, p. 225: “Assim o Direito assumiria um ‘útil’ papel: o de garantidor das condições de absoluta liberdade e segurança do tráfego mercantil e – quando da ocorrência de ‘falhas’ do Mercado – o de reduzir a existência dos obstáculos, ‘reduzindo os custos de transação’. O Direito teria, pois, como função ‘atuar como um Mercado simulado’, um Mercado paralelo emprestando todo o seu instrumental normativo aos interesses do capital. Novamente vê-se que o paradigma de justiça a que deveria estar atrelado o Direito simplesmente inexistiu: a justiça agora é ‘divinamente’ ditada pelo Mercado-Deus. Na Análise Econômica do Direito não se fala em fins, somente em meios. E quanto a isso, já se compreende o porquê.”

²¹¹ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 72: “A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao incrustar o inciso LXXVIII ao art. 5º, apenas reforçou o intento da celeridade, que já estava subsumido ao devido processo legal. Em sede de uma visão pragmática, alcançar a eficiência nos ritos processualísticos dá ensejo a recobrar uma atitude operativa do direito menos formalista e afastada de arcaísmos ditados pelo positivismo. A pretexto da segurança jurídica, o procedimento se transformou em uma armadilha para a denegação do tempo socialmente adequado da jurisdição, escudado no formalismo do regramento pontual, empobrecedor da finalidade material contida no litígio. Eis um dos obstáculos à jurisdição célere visado pela eficiência administrativa, à medida que ainda não se operou no Judiciário a perspectiva do jurisdicionado como usuário e consumidor dos serviços públicos.”

discrecionariedade, poderá adotar a solução mais justa, no propósito de eficiente/conveniente e ideal para o caso concreto, além de o tornar apto a gerenciar os casos, dotando a justiça de capacidade de resposta em uma perspectiva de escala.²¹²

O conceito de ‘certo’ e ‘errado’ cedem lugar ao de utilidade e eficiência. Assim, quando de uma decisão ao invés de preocupar-se com o certo (justo) e o errado (injusto) o que vale é o conceito de utilidade e eficiência da decisão que será tomada. Há um utilitarismo e instrumentalismo do direito, mas não para a aplicação do justo, senão, para a aplicação da utilidade e eficácia do ponto de vista do magistrado. Assim ele decide o que é útil para determinada sociedade, e a forma mais eficaz de aplicação. O conceito continua aberto e, além disso, o paradigma é outro, qual seja o de utilidade (eficiência).

Extraí-se, ainda, dos principados hereditários a exortação de *Maquiavel* aos governantes à boa administração, com observações de parcimônia em seus gastos e a manutenção da palavra empenhada; quando conquistador, como, quando e com que intensidade deve executar as ofensas necessárias à consolidação de seu poderio e, independentemente de suas convicções pessoais, para manter uma aparência de piedade perante súditos profundamente religiosos. A visão realística das *fraquezas* humanas está presente no texto florentino, que, pelos seus ‘conselhos’, apontam para o instrumentalismo a modelar uma orientação teleológica, em que ‘bem e mal’ perdem realce em favor das noções de *utilidade e de eficácia*, posto que o móvel da conduta passa a ser o interesse.

De tudo aqui exposto, restou evidente que moral tradicional cedeu lugar a uma moral teleológica, em que o ponto de relevo é o objetivo finalístico da conduta instrumentalizada por uma lógica nova, de linguagem matemática, servindo-se da indução e da dedução para raciocinar sobre

²¹² CALHAO, A. E. P., 2010, p. 75.

valores e quantidades ‘tais como a qualidade do justo’.²¹³

Com isso, se tem colocado a cultura jurídica aos serviços da dominação econômica e o risco de abalo no sistema jurídico nacional é cada vez mais iminente, com a influência nas legislações e nas ações do Poder Judiciário dos grandes pólos de poder neoliberal, que conduzem a reforma do Judiciário nos parâmetros que desejam. Assim, esses novos mecanismos, forjados pelos grandes pólos de poder, ganha força e passa a fazer parte do que se entende por direito. Isso é mais um fator da implementação da nova *lex mercatoria*, que, como se busca demonstrar, influencia de forma perversa não só o sistema político e econômico das sociedades – especialmente as emergentes –, mas todo o sistema jurídico.

Paralelamente, nesse contexto em que o protagonismo das relações internacionais já não é mais exclusividade nem dos Estados nem de instituições intergovernamentais, duas outras normatividades também vão se expandindo de modo veloz. A primeira delas se expressa por meio de um corpo de práticas, usos e costumes, regras, códigos de ética ou conduta, memorandos de entendimento (*Memorandums of Understanding*), cláusulas contratuais, termos padronizados e princípios mercantis forjado por empresas dos mais variados portes no interior das redes transnacionais de comercialização de insumos, bens e serviços, com o objetivo de regular o acesso a mercados, de balizar e disciplinar transações comerciais ou financeiras e de propiciar critérios, métodos e procedimentos para a resolução – via mecanismos de arbitragem, por exemplo – de conflitos no comércio internacional. Dispondo da flexibilidade necessária para adaptar especificidades setoriais e regionais e basicamente operado por associações empresariais, câmaras de comércio, corporações profissionais e operadores do direito designados como “artesãos legais” pelos doutrinadores, essa normatividade constitui a assim chamada “nova”

²¹³ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 79/80.

Lex Mercatoria, em contraposição à forjada nos tempos medievais.²¹⁴

Essas características têm aproximado o sistema jurídico brasileiro cada vez mais ao sistema jurídico de *common law*. Ainda que o ensino jurídico, para citar um exemplo, esteja pautado sob a perspectiva de neutralidade e autossuficiência das normas jurídicas, a prática indica outra transformação.²¹⁵ É o que se vê com o estudo realizado na década de noventa, por Luiz Wernneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo, e Marcelo Baumam Burgos

Nesse sentido, as respostas à questão sobre a ‘neutralidade’ do juiz no ato da interpretação tornaram-se estratégicas à investigação do seu perfil doutrinário. Contrariando a postulação de senso comum e a opinião de abalizados observadores do mundo jurídico brasileiro, 83% dos juízes assinalaram que ‘o Poder Judiciário não é neutro’ e que ‘em suas decisões o magistrado deve interpretar no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social.

O cotejo desse posicionamento com os demais quesitos do questionário permitiu apreender que o juiz brasileiro vivencia, também ele, uma transição, uma vez que, sem se desprender

²¹⁴ FARIA, J. E., 2008, p. 40.

²¹⁵ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea.** Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20/21: “Por óbvio que a formação dos magistrados ao longo deste período em muito contribui para acolmar o seu perfil às matrizes positivistas e formalistas da ciência do Direito. É preciso reconhecer, infelizmente, que o pensamento jurídico preponderante no âmbito inclusive da formação dos operadores do direito desde a fundação dos cursos jurídicos no país, pelo menos na maior parte deles em seu evolover, até os dias de hoje, concebe o direito positivo e o sistema jurídico como um todo, como uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado. Neste caminho, o culto à lei e a separação dos Poderes se colocam como véus ideológicos que dissimulam e invertem a natureza eminentemente política do direito, fazendo com que alguns juristas acreditem na identificação da obediência política com a obediência legal, e mais, fazendo com que a posição do Estado-Juiz no conjunto das relações assimétricas de dominação social, respaldadas pela sua prerrogativa coercitiva, se torne ao mesmo tempo invisível e legítima.”.

inteiramente das grandes referências da sua formação doutrinária, instituídas no campo do civil law e do positivismo jurídico, tal influência encontra-se relativizada pelo fato de ele se entender como um agente efetivo no processo de produção do Direito, instalando-se, de algum modo, no campo político-cultural da common law.²¹⁶

Apesar disso, os magistrados têm, em sua maioria, um ponto de vista intermediário. Ou seja, ainda são crentes do sistema de *civil law*, e utilizam-se dele para proclamar que o juiz é defensor do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, afirmam também que o Judiciário é responsável pela aplicação de políticas públicas e pelas transformações sociais. O que parece ocorrer é que os magistrados enxergam o Judiciário como se sua atuação fosse independente, sem representação na ação do Estado, propriamente dita.²¹⁷

Essa aproximação do sistema brasileiro aos sistemas de *common law* é mais uma vez, causado pela busca de eficiência. Isso porque, tem-se, em certa medida, propagandeado que o sistema de *common law* auxilia o desenvolvimento do mercado, considerando-o como o melhor sistema jurídico para o desenvolvimento econômico dos países.²¹⁸

²¹⁶ VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumam. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 258/259.

²¹⁷ VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, M. P. C. e BURGOS, M. B., 1997, p. 263/264: “Isto significa que o magistrado que se identifica com a idéia de protagonismo parece ver no Poder Judiciário um subsistema autônomo – distinto daquele da esfera estatal – de intervenção sobre o mundo. No limite, esse juiz pode ser contrário à ampliação do alcance e das atribuições do Estado. [...]”

Processo semelhante se observa quando o tema em foco são as políticas sociais concretas: a maior identificação com o protagonismo do Judiciário não implica maior adesão a elas (Tabela 5.7). Nesse sentido, a atitude favorável de um juiz à ideia de intervenção do Judiciário na vida social não guarda relação com sua avaliação acerca da oportunidade e da desejabilidade de políticas públicas passíveis de explicitação na agenda do Estado. Isto parece sugerir que o juiz que atribui ao Judiciário um papel protagônico na redução das desigualdades dissocia o seu ideal de justiça das práticas típicas do welfare.”.

²¹⁸ FARIA, J. E., 2008, p. 79: “É esse, por exemplo o caso do mercado brasileiro de capitais. Como expõe um de seus executivos, em artigo publicado num dos principais veículos de comunicação do setor, os países cujo arcabouço jurídico e

É nesse sentido que o sistema jurídico brasileiro tem buscado implementar suas mudanças. Isto é, influenciado por todo um sistema global de mercado com supervalorização da eficiência e da velocidade.

Com efeito, os formuladores de políticas públicas de todo o mundo concordam que a reforma judiciário e, em consequência, a dotação de eficiência aos tribunais têm uma importância capital a fim de melhorar as capacidades institucionais do governo dos Estados nacionais. Nesse ritmo, o Brasil adotou a reforma do Poder Judiciário e, por meio das Emendas Constitucionais ns. 19/1998 e 45/2004, adotou expressamente os princípios da eficiência e razoável duração do processo (aliás, já previstas antes no sistema), com o objetivo de dotar a justiça brasileira de um novo instrumental jurídico coaduno às transformações examinadas.²¹⁹

Assim, como já ficou claro, o Poder Judiciário passou a atuar com paradigmas de atuação próprios da economia. Logo, extremamente preocupado com os meios de produção, a propriedade privada e a rapidez, velocidade e confiabilidade do sistema como garantias daquelas necessidades (propriedade e mercado de produção).²²⁰ Portanto, extrai-

cujas legislações societárias são forjados com base em princípios derivados do direito romano possuem mercados acionários com taxas de crescimento bem inferiores aos países cujas instituições normativas e judiciais derivam da *Common Law*. Com base em dados comparativos e tomando como parâmetro o número de empresas listadas nas bolsas de valores, a população dos países onde estão instaladas, os indicadores capazes de refletir a confiança dos investidores com relação às entidades que representam seus interesses em âmbito legal e o *International Country Risk Guide*, ele afirma que enquanto o Brasil não optar pela tradição anglo-saxônica em suas reformas legais, seu mercado acionário continuará enfrentando grandes dificuldades para crescer. Mesmo que o risco sistêmico brasileiro, a volatilidade econômica e as taxas de juros diminuam, conclui esse executivo, a ausência de um arcabouço jurídico e de uma legislação societária mais flexível, nos moldes da norte-americana ou inglesa, manterá a expansão desse mercado travada. Ainda que longa e sob a forma de extrapolações baseadas em estatísticas, sua conclusão é bastante ilustrativa.”. O executivo que destaca José Eduardo Faria é Eduardo Brenner.

²¹⁹ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 45.

²²⁰ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 47: “Para os economistas, no elenco da Justiça idealizada, existe um forte componente relativo às estruturas de produção,

se que o objetivo principal da reforma é transformar o Poder Judiciário em um prestador de serviços célere e eficiente.

O esforço das agências nacionais em desenvolver uma linha de atuação eficaz para o bom desempenho do Poder Judiciário está em consonância com os modelos propostos ao redor do mundo (CEPEJ, Sistemas de Defesa dos Direitos Humanos, etc.), tendo por objetivo supervisionar e assessorar os Estados na modernização dos sistemas judiciais face à redobrada importância da justiça no âmbito internacional dos direitos humanos. Com efeito, a justiça, em uma perspectiva abrangente, faz parte do sistema jurídico, e sua função básica é fazer ‘com que as normas não sejam letra morta’, ou seja, resolver os conflitos de modo satisfatório e de acordo com o ordenamento jurídico. Nesse *prima*, Santos Pastor salienta que ‘as leis que não se aplicam, por melhores que sejam, não surtem efeitos sociais quando falta um mecanismo que, em última instância, insta a que cumpramos as obrigações, respeitemos os direitos e assegurem as liberdades, isto é, o mínimo para que o direito se faça valer é dotar as estruturas do Judiciário de meios hábeis, que proporcionem o acesso a uma justiça célere e eficaz. É esse o objetivo, portanto, a que as instituições nacionais visam e as internacionais se associam ao elaborar estudos direcionados da reforma.’²²¹

Com isso, as transformações, que inicialmente deveriam se adaptar aos novos conflitos sociais emergentes, deixaram de fazê-lo, para tornar-se palco e ator de um novo e insurgente processo transformador: a eficiência da prestação.

Fica evidente, assim, a transformação do Poder Judiciário em um Poder quantitativo e eficiente na prestação de um serviço, mas, menos

notadamente vinculadas à propriedade privada, que ressentem da garantia Estatal. Os parâmetros de previsibilidade, acesso, prazos e instrumentais processuais mencionados são requisitos importantes nas soluções de conflitos e, como tal, exigem respostas rápidas para aumentar a confiabilidade no próprio sistema.”.

²²¹ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 52.

preocupado com a sua qualidade. A medida do Judiciário deixou de ser a garantia de direitos constitucionalmente conquistados (ainda que se saiba que muitos direitos foram institucionalizados e constitucionalizados sem serem de “fato” conquistados), para ser a eficiência na prestação jurisdicional. A medida da justiça, como já se assinalou, deixou de ser a garantia do direito para se transformar na garantia da prestação célere e eficiente.

Assim sendo, não há de se desconhecer que o protagonismo judiciário, em muitos países, decorreu da falência/enfraquecimento do Estado intervencionista, que o Brasil tampouco conheceu. Ocorre que o protagonismo judiciário emerge dessa transformação política por duas vias: a) precarização da vida social e constitucionalização dos direitos humanos; b) modelo econômico neoliberal, pautado pela estratégia e pelas regras do mercado, cujo ícone é o contrato de natureza privada e maior valor é o da maximização da riqueza. Associada ao Visconde Partido ao Meio, é justamente nesse desafio – então partida ao meio – que se encontra a jurisdição: assumir seu compromisso com os valores constitucionais e aproximar-se do que é essencialmente humano por meio da ética ou, apenas cumprir tarefas ditadas pelos interesses do mercado.

Desse modo, o aumento da procura pela Jurisdição, então seu maior triunfo – apenas aparente – que é o de colocá-la ao centro do sistema jurídico é também sua derrota mais certa: a sua ineficácia.

Contudo, há de ser perguntado: se o Brasil não conheceu esse modelo de Estado, o que provoca a exacerbação da procura pelo juiz? O chamado *curto circuito histórico* pode ser constituir numa explicação aceitável. Boaventura de Sousa Santos referencia que nos países periféricos as Constituições consagraram direitos que nos países centrais foram conquista de demorados processos de transformação político-social. Para o autor, essa constitucionalização não foi acompanhada de políticas sociais consolidadas, razão pela qual abriu-se espaço a cada vez maior intervenção

judicial e um maior controle da constitucionalidade.

Nesse momento, o que se quer demonstrar é que se há de ser reconhecida a ineficácia da jurisdição e do processo, por conta das motivações acima expostas, não é menos verdade que as reformas processuais têm um destino certo: traçar um novo perfil de Jurisdição, que é o da *barémisation* e do fluxo, então, da quantificação transformada em um metavalor e a jurisdição transformada em neoliberal. Os Relatórios do Banco Mundial para o Poder Judiciário brasileiro demonstram essa perspectiva, tão logo materializada por meio das inúmeras reformas processuais e constitucionais que elevam a quantidade em detrimento da qualidade e da Justiça.²²²

Entretanto, para se alcançar a eficiência, previsibilidade e segurança jurídica, se tem operada uma constante e forte verticalização do Judiciário, com sua centralização e desburocratização de seu sistema processual.²²³ Nesse sentido, dentre as reformas do Poder Judiciário destacam-se duas grandes mudanças: a Súmula de Efeito Vinculante e o Conselho Nacional de Justiça.²²⁴ De fato, essa é a tendência da nova arquitetura do direito²²⁵ que,

²²² SALDANHA, J. M. L., *In* STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de, 2010, p. 82/83.

²²³ BORGES, Marina Soares Vital. **Judiciário e Política: Crise, Legitimação e Súmula Vinculante.** *in* MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Direito e Política.** Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 192

²²⁴ SALDANHA, J. M. L., *In* STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de, 2010, p. 89: “[...] a Reforma do Poder judiciário produzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 [...] provocou mudanças funcionais significativas. O critério de promoção dos juízes a partir da produtividade e a atividade de controle dos seus deveres funcionais, sendo um deles a produção de decisões em tempo razoável, de acordo com as súmulas dos Tribunais Superiores, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstram um cenário comprometido com a quantificação, com a produtividade e com o fluxo das demandas e, talvez, distante da virtude da Justiça. Esse distanciamento comprova o servilismo a que foi submetido o Direito [...]”.

²²⁵ SALDANHA, J. M. L., *In* STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de, 2010, p. 76/77: “A resposta a essa indagação pode advir da consideração de que o Poder Judiciário, por meio do direito processual, é sim, a um só tempo, sujeito ativo e passivo dessas grandes transformações, o que pode ser constatado em diferentes

Trata-se da reformulação paradigmática do direito processual civil e penal, com a simplificação dos procedimentos de citação e das provas periciais, a abolição de parte das formalidades nos procedimentos especiais, o enxugamento do procedimento ordinário, a redução drástica do número de recursos judiciais, a desburocratização dos agravos, a ênfase ao princípio da oralidade, a agilização do trâmite de processos em que já existe jurisprudência estabelecida, conversão dos tribunais inferiores em instâncias terminativas para determinados tipos de conflitos, a valorização da jurisprudência por meio da adoção de súmulas vinculantes, a conversão da última instância judicial em corte exclusivamente constitucional etc. Essa tendência decorre, acima de tudo, da incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pelas legislações processual civil e processual penal, que é deliberadamente lenta em face da necessidade de se institucionalizar o princípio do contraditório, garantir o direito de defesa, assegurar o chamado “duplo grau de jurisdição” e salvaguardar valores, interesses e procedimentos vitais ao funcionamento do próprio Estado de Direito, por um lado, e a concepção de tempo prevalecente no processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados, especialmente os financeiros, por outro.²²⁶

campos de sua atuação, como por exemplo, no que diz respeito às barreiras de acesso nos tribunais de segundo grau, tipificadas na possibilidade de rejeição liminar dos recursos de apelação e nos óbices de acesso aos tribunais superiores com a adoção da súmula vinculante e da exigência de repercussão geral dos recursos especial e extraordinário.

Longe de serem marginais, essas inovações estabelecem uma nova arquitetura do modelo de Jurisdição que se afasta dos seus postulados clássicos e que visa atender, muito mais, ao postulado da eficiência do que ao da efetividade em termos de qualidade. Jurisdição essa que cada vez mais se virtualiza. Portanto, que se afasta dos sentidos humanos, em nome da eficiência. Não seria vítima de um cegueira consentida para os resultados daquilo que faz no mundo dos homens reais? Mostra-se, talvez, em sua melhor e em sua pior forma.”.

²²⁶ FARIA, J. E., 2008, p. 76.

Com efeito, a previsibilidade e segurança jurídica foram os argumentos mais utilizados na defesa da Súmula de Efeito Vinculante.²²⁷ Mas deixou-se de lado a fragilização da atividade decisória.²²⁸

A Súmula de Efeito Vinculante não teve o resultado esperado. Cita-se, por exemplo, o caso da Ação Declaratória de

²²⁷ SILVA, Celso Albuquerque. **Do Efeito Vinculante:** sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223/224: “O efeito vinculante tem por finalidade exatamente de modo imediato incrementar a certeza jurídica e, assim, mediatamente, assegurar a justiça. Para alcançar esse desiderato, o efeito vinculante precisa superar a visão clássica dos efeitos da coisa julgada que se limita à parte dispositiva da sentença para abranger também os seus fundamentos justificantes. Essa peculiaridade não é apenas um aspecto desejável, mas imprescindível para a fecunda operacionalização do sistema. Isso tanto mais é verdade, que o princípio que governa o caso e, *a fortiori*, vincula o resultado nos casos subsequentes, só pode ser aferido quando cotejado com as razões justificadoras do resultado [...]”.

Nesse sentido, o *holding* do caso vinculante é, na verdade, um princípio mais abstrato, geral e amplo, extraído da fundamentação da sentença que, a exemplo de uma norma legislada, se dirige de um lado a todos os membros da coletividade como uma pauta geral de conduta a ser observada, e de outro, se refere a um grupo ou coletividade de fatos e circunstâncias dos quais, os fatos do caso vinculante representam apenas uma individualização. Consectário lógico dessa atuação bifronte do efeito vinculante é: a) o dever geral imposto a todos os órgãos sujeitos ao poder vinculante do tribunal, ainda que não tenham integrado o processo no qual foi proferida a decisão de observar e executar o que foi decidido pela corte vinculante; e, b) referidos órgãos estão vinculados à orientação estabelecida pelo Tribunal nas razões oferecidas pela corte como justificação para a decisão também em suas condutas futuras vez que, não é demais repetir, os fatos que deram origem à lide representam apenas uma das várias possibilidades abrangidas pelo princípio elaborado. Assim, toda vez que os órgãos submetidos ao precedente da corte vinculante se defrontarem com situações e/ou hipóteses que, embora não idênticas ao caso precedente, se insiram no âmbito mais geral de aplicação do princípio extraído da decisão vinculante, devem se abster de praticar a conduta que viola aquela norma geral vinculante.”.

²²⁸ SALDANHA, J. M. L., In STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de, 2010, p. 84/85: “Um dos resultados mais claros dessa adoção é, com efeito, a fragilização do ato decisório como o momento magno da compreensão e do encontro do sentido do caso, uma vez que o juiz deverá obedecer a súmula, encontrando apenas nela os elementos para assegurar a legitimação de sua decisão. Prestigia-se o pré-dado e a normatização. Decreta-se a morte da interpretação.”.

Constitucionalidade nº 4, que tratou da constitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.494/97, que disciplina a tutela antecipada a funcionários públicos que pediam reajuste de salário. Nesse caso emblemático, instâncias inferiores decidiram contrariamente à súmula, o que aumentou de 94 para 224 as reclamações de preservação de competência e/ou autoridade de seus julgamentos. Segundo o Ministro Celso de Mello:

[...] vale dizer: o efeito vinculante gerou uma consequência diametralmente oposta àquela que se pretendia. Pretendia-se com essa medida a supressão, ou pelo menos a redução substancial do volume de processos do Supremo Tribunal Federal, mas nessa primeira experiência como efeito vinculante o que ocorreu foi exatamente uma consequência oposta. Houve, na verdade, a triplicação do número de reclamações ao Tribunal que se revestia do efeito vinculante autorizado pela emenda constitucional nº 3.²²⁹

Outra estrutura, também criada pelos processos de Reforma do Judiciário, foi o Conselho Nacional de Justiça. Como já foi destacado no segundo capítulo, o CNJ é mais um órgão auxiliar na verticalização e implementação da eficiência na estrutura jurídica. Assim, o Conselho Nacional de Justiça, em que pese ter iniciado seu caminho com intuito de ser um órgão externo ao Poder Judiciário, responsável por fiscalizar seus membros e seus órgãos. Tornou-se o responsável pelos próprios caminhos a serem trilhados pelo Judiciário, que, apesar de ser ainda um fiscalizador, transforma-se em guia responsável pela governança judicial e aplicador das políticas públicas jurídicas, entendidas como necessárias para o pleno desenvolvimento da justiça.²³⁰

²²⁹ Reunião ordinário em comissão especial da reforma do poder Judiciário (PEC 96-A/92), em 4/5/99. Departamento de taquigrafia, revisão e redação da Câmara dos Deputados, nº 0242/99, p. 10-11. *Apud* SADEK, M. T. (org)., 2001, p. 48.

²³⁰ CALHAO, A. E. P., 2010, p. 246: “Assim, a criação do Conselho Nacional de Justiça não deve ser encarada apenas como uma nova unidade administrativa com atribuições de supervisão e assuntos correccionais. Em sentido geral, sua vocação é mais ampla porque atuará, em sentido metafórico, como um regente a conduzir a orquestra da justiça, em que os diversos órgãos jurisdicionais atuarão como instrumentistas, executando a obra da democracia constitucional contida na harmonia da pacificação, cujo compasso – sem atravessar – consiste na

A centralização – aqui chamada de verticalização - e engessamento jurisprudencial atuam, portanto, como instrumentos dessa transformação de caráter eficientista e produtivista de influência neoliberal. Com efeito, o que se vê é que os processos de reforma cederam às forças do mercado. É o consenso neoliberal sobre o primado do Direito e da Justiça.²³¹

É esse o caminho que se percorreu e se percorre. Começou com a preocupação exclusiva da estrutura judicial para, posteriormente (agora) transformar toda a atividade do Judiciário (quando mais se precisa de seu raciocínio crítico e político) em simples números, que tentam demonstrar uma realidade que – por ser incompleta –, se perde na simples análise da eficiência.

Com base nesse pressuposto, é claro, o ganho de riqueza se resume à velocidade e quantidade das decisões emanadas, porém, a sociedade se perde e as políticas sociais distributivas são deixadas de lado. Não se sabe o que o Judiciário decide, só o “quanto” ele decide. Assim, não se sabe nada, tudo são números e esses não refletem a realidade social, transformando a máquina do Estado em uma máquina eficiente, mas guiada por forças mercadológicas. A sociedade fica em segundo plano,²³² e resta aos juristas seguirem conforme a música.

observância do tempo socialmente adequado, posto pelo legislador como o novo ritmo aspirado pelo cidadão.”.

²³¹ SALDANHA, J. M. L., In STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de, 2010, p. 90: “Esse quadro de ajustes consiste no consenso neoliberal sobre o primado do Direito e da Justiça. Seguramente, consagra a exigência, posta pelos interesses neoliberais a partir do Consenso de Washington, de que se constitua um novo quadro legal, adequado à liberalização dos mercados e dos investimentos do sistema financeiro. Foucault, soube identificar com sabedoria esse fenômeno ao referir que o *homo economicus* do liberalismo do Século XVIII – então o homem da troca, do parceiro – foi substituído no modelo econômico neoliberal por um novo *homo economicus* – o homem empresário, um empresário de si mesmo. Logo, um produtor consumidor. Segundo Foucault, nenhuma análise sociológica teria validade se desvinculada dessa percepção de consumo baseada nos termos liberais da atividade de produção. De um modo mais amplo, na sociedade neoliberal não é o homem da troca o verdadeiro sujeito econômico, e sim a empresa, não sendo essa simplesmente uma certa instituição, antes, consiste numa maneira de comportar-se sob o primado não mais da troca, mas da concorrência. Trata-se de uma sociedade não mais indexada na mercadoria e na uniformidade, mas na diferenciação das empresas.”.

²³² SALDANHA, J. M. L., In STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de, 2010, p. 91/92: “[...] a questão não é mais se a Justiça decide e sim se ela, de forma eficiente, reduz o número de processos. Enquanto que em tempo anterior a

13 – **Antônio Gramsci** apontava que a cooptação dos intelectuais pelo Sistema Hegemônico era uma das estratégias de poder utilizadas para domesticar o pensamento crítico. A atualidade desta categoria se manifesta na maneira pela qual as decisões no âmbito do Poder Judiciário brasileiro se apresentam. O cotejo, dentre outros, do Documento n. 319 do BID, aliado à afirmação de **Milton Friedman** de que o Direito é por demais importante para ficar nas mãos dos juristas, bem demonstra a pretensão de um pensamento único neoliberal, em que o Poder Judiciário é metaforizado como uma grande orquestra composta, a saber, por um maestro (STF) e por músicos espalhados pelos diversos “instrumentos”. Estes músicos, ainda que arregimentados, eventualmente, por sua capacidade técnica e de reflexão, ficam obrigados a tocar conforme indicado pelo maestro, sob pena de exclusão da “Orquestra Única”. Não há outra para concorrer; ela é a portadora da palavra. Diz a Verdade. Ainda que alguns dos componentes pretendam uma nota acima ou abaixo da imposta, não lhes dão ouvidos, porque o diálogo é

Jurisdição não se preocupava tanto com o impacto social de sua lentidão, atualmente vê-se compelida a atuar quase que em tempo real, por meio da tutela de urgência, para acompanhar as exigências contemporâneas da eficiência. Por tal razão a Jurisdição é chamada a inscrever-se numa cadeia de compreensão em que a utilidade e eficiência de seu trabalho seja visível aos olhos do público. Daí ser a transparência e a divulgação de suas estatísticas de produção, segundo recomendação do Banco Mundial valores que, a um só tempo, demarcam o Judiciário do Século XXI. Desse ponto de vista a eficiência redefine o ato jurisdicional que se tornou mais um produto na imensa panóplia de serviços prestados pelo Estado. Por isso pode padecer dos mesmos males de que padece outro qualquer produto ou serviço. Por outro lado, não menos verdadeiro é que uma valorização apenas quantitativa da Jurisdição, reduzia às cifras, pode produzir um efeito nocivo e, por isso, criticável, que é limitar toda a sua avaliação ao que pode ser medido e quantificado, como por exemplo, sobre saber acerca do número de sentenças com resolução do mérito, sem resolução do mérito, número de antecipações de tutela, número de prisões preventivas, número de escutas telefônicas, etc.

Assim, o que não estiver no domínio do mensurável torna-se secundário e sem valor.”.

prejudicado. O slogan é: *toque como queremos ou se retire*.

14 – A “Orquestra do “Poder Judiciário” ainda está em formação, e a harmonia pretendida pelos donos do poder foi se adaptando através de Emendas Constitucionais e Reformas Legislativas. Em primeiro lugar, claro, está a eficiência de um Poder paquidérmico oneroso, caro, devolvido à sua grande missão: garantir os contratos sinalagmáticos e a propriedade privada, em nome da confiabilidade no mercado internacional.

Para tanto, foram articuladas diversas técnicas: 1) Súmula vinculante: por ela o maestro (STF) pode impor, definitivamente, a nota a ser tocada, retificando a interpretação mediante uma simples Reclamação, podendo, ainda, responsabilizar o músico-juiz faltoso; 2) Reformas legislativas: a) Abreviação do julgamento, mesmo sem o estabelecimento do contraditório (julgamento liminar pelo mérito); b) Relativização da coisa julgada inconstitucional (**Paolo Otero** iniciou e ganhou fôlego no Brasil), a qual quebra a ficção em que o Processo se estabelece: a coisa julgada, como bem sabia **Carnelutti**. A ficção maior do sistema, a coisa julgada, também tornou-se flexível. Há uma reflexibilidade no ar...²³³

O que em um primeiro momento poderia parecer apoderamento do Poder Judiciário é, na verdade, seu enfraquecimento. Conforme se verifica, o processo reformador do Poder Judiciário, em que pese, como se destacou, fortalecer sua verticalização no âmbito interno do Estado, é na verdade, sua instrumentalização, como ocorre, também, com o Direito.

Ainda que seja um dos poderes mais emblemáticos do Estado Democrático de Direito, sofre influência das forças neoliberais de maneira mais forte e mais avassaladora que os outros dois poderes (legislativo e Executivo). A eficiência entrou e se firmou no seio do Judiciário e é trabalhada ao gosto da rapidez e velocidade que se exige

²³³ ROSA, Alexandre Morais. **Jurisdição do Real x Controle Penal: Direito & Psicanálise**, via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011, p. 140/141.

no livre mercado globalizado, para a defesa da propriedade e liberdade de contratos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o sistema jurídico tem se deslegitimado. Não só pela dificuldade em corresponder aos anseios sociais, mas também, por estar inserido em uma estrutura que também está em crise. Portanto, a crise do Poder Judiciário é, na realidade, um dos reflexos de uma “grande” crise que está abrangida por crises econômicas e democráticas, ou seja, crises do Estado Democrático de Direito.

Essa ‘grande’ crise e, especialmente seus reflexos no âmbito do Poder Judiciário, têm sido determinantes para as suas transformações. Com efeito, nos últimos anos tem-se buscado transformar toda a estrutura do Poder Judiciário e do seu paradigma de atuação.

Nesse sentido, a sociedade jurídica tem se mobilizado, buscando novas concepções que possam ser aplicadas na sociedade contemporânea. Tais buscas concentram-se na reformulação da função e da maneira de agir do Poder Judiciário, e o estudo de seu verdadeiro papel dentro de um Estado Democrático de Direito.

Desde a década de setenta, especialmente a partir da redemocratização dos anos oitenta, o sistema jurídico brasileiro tem passado por importantes questionamentos e discussões. Porém, os primeiros passos na transformação do Estado e, conseqüentemente do Poder Judiciário só foram ocorrer a partir dos anos noventa, especialmente, com a Reforma Gerencial, implementada com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 e, a Reforma do Poder Judiciário, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 foi o grande marco na implementação da eficiência na esfera administrativa do Estado. Seu maior intuito era transformar a atuação do Estado, através de uma reforma gerencial. Em verdade, essa visava transformar a ultrapassada administração burocrática em uma administração de caráter gerencial.

Assim, a reforma gerencial pretendeu ser um passo na transformação do antigo Estado burocrático, adotando o modelo de resultados. Isso quer dizer que, a preocupação central mudou o foco, pois, se abandonou a exacerbada proteção aos procedimentos para preocupar-se com o resultado, ou seja, o fim de determinada atividade.

Este é o grande giro empreendido na reforma gerencial: a mudança do ponto de análise da administração pública, que abandona a antiga lógica positiva de proceduralismo exacerbado, para adotar a nova lógica de análise dos resultados. Com isso, a partir da reforma gerencial do Estado, o fim é o que mais conta, isto é o resultado.

Isso abriu espaço para o surgimento de uma nova administração pública mais frouxa tecnicamente, mais flexível; e com ênfase na eficiência. Portanto, pode-se concluir que a Emenda Constitucional n. 19 de 1998 foi o principal processo na reforma gerencial em desenvolvimento no Brasil, uma vez que implementou no seio da administração pública os principais pressupostos da administração gerencial, com a instituição da análise dos resultados em substituição à burocracia administrativa clássica.

Essa reforma transformou toda a estrutura do Estado brasileiro. Porém, ainda existia uma esfera dos Poderes públicos que não a implantara. Com efeito, o Poder Judiciário ainda estava preso a um paradigma positivista e burocrático de atividade. Mas, não tardou para que as atenções efficientistas, já ativadas na reforma gerencial, iniciassem uma nova onda reformista, desta vez, focada no sistema jurídico.

A partir disso, passou a ganhar forma a Reforma do Poder Judiciário que, foi efetivamente implementada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Entre suas modificações mais relevantes estão: o acréscimo do princípio da celeridade processual; a criação do Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público e a criação da Súmula de Efeito Vinculante.

O que se conclui com essa transformação é uma forte preocupação com a estrutura do Poder Judiciário, a fim de aprimorar seus trabalhos na tentativa de prestar um serviço cada vez mais eficiente ao jurisdicionado. Ocorre, essa busca trouxe algumas consequências na estrutura do Poder Judiciário como a verticalização e centralização deste Poder nos Tribunais Superiores.

Assim, a eficiência tomou conta de todo o aparato Estatal, e no Poder Judiciário se deu nos mesmos parâmetros, passando a ser medida pelo número de processos julgados e a rapidez com que se dava a resposta. Portanto, pode-se concluir que os processos de reforma buscaram, em verdade, a redução dos custos, e aprimoramento da rapidez na tramitação das demandas.

Com essa implementação das características próprias da administração privada e da economia neoliberal no âmbito do Poder Judiciário, este passou a ser considerado como mais um órgão estatal prestador de serviços. Assim, a atividade judicante transformou-se em mera atividade administrativa. Em razão disso, seguiu-se um caminho inverso: ao invés da criação de conceitos e fortalecimento para a atividade judicante, ela sofreu uma descaracterização se transformando em mais uma das tantas atividades administrativas do Estado.

Entretanto, para a efetiva implementação da eficiência não basta uma transformação na estrutura do Judiciário. Passou-se, assim, a implementar uma transformação no próprio conceito de direito, o que tem transformado todo o paradigma de atuação do Poder Judiciário.

Ocorre que, ainda que existam grandes transformações na esfera jurídica, as premissas básicas do sistema paleo-positivista continuam ainda latentes na base do sistema jurídico atual. Isso se configura, de forma ainda mais clara, quando se analisa a função dos Tribunais Superiores na atualidade e no antigo sistema paleo-positivista. O que se verifica é que, em verdade, sua função continua idêntica e, ainda, é reforçada e centralizada cada vez mais.

Ainda que seja assim, as transformações dos últimos anos, especialmente com a tentativa de implementação da eficiência no âmbito do sistema jurídico, empreendeu uma liberdade discricionária no seio da atividade jurídica. Isso porque, apesar da tentativa de se manter a unidade e lógica jurídica, tais premissas tornaram-se insustentáveis, tendo em vista as transformações sociais e a existência de uma sociedade cada vez mais heterogênea, impossibilitando a manutenção da unicidade do direito, ou a possibilidade de encontrá-lo, uno e idêntico em uma realidade natural. Com isso, o que se passou a empreender foi a re-aproximação dos sistemas de justiça com a sociedade e a realidade em si.

A partir disso, Richard A. Posner defende a solução no reencontro do direito com o fato. A partir disso, o direito encontra uma lógica da justificação, e não mera ou basicamente uma lógica da descoberta, ou seja, o importante seria a justificativa do direito e não a sua, tão alegada, descoberta. O que se faz, é abandonar a ideia de que o direito é pré-existente e deve ser descoberto, para que possa ser encarado como objeto de criação.

O que ocorre, com isso, é a mudança de foco, que transforma o direito em um empreendimento social para o futuro e não como base de análise voltada, exclusivamente, no passado. Assim, com caráter de previsão, o direito passa a ser utilizado como objeto para um fim específico.

Portanto, com a mudança de entendimento do que é o direito, este deixa de ser aquele objeto com fim em si, para se tornar um instrumento social. Ocorre que, para tanto, se faz necessário vinculá-lo a uma ciência que auxilie na sua aplicação. Assim, passou-se a destacar a economia como a ciência capaz de auxiliar o direito a compreender a realidade social.

É esse o pressuposto principal da Análise Econômica do Direito, ou seja, utilizar-se da economia para auxiliar na construção e transformação do direito. Isto quer dizer que, a AED passa a servir como um sinal de orientação que indica ao intérprete em que direção pode olhar e no que deve prestar atenção, quando as leis e a jurisprudência não são claras ou oferecem distintas alternativas.

Com isso, pode-se concluir que, com a transformação da compreensão de direito e sua função em uma sociedade, e com o surgimento da Análise Econômica do Direito, há a substituição do conceito de justiça por pressupostos próprios da economia, e, neste caso, em especial, o conceito de justiça passa a ser substituído pelo conceito neoclássico de eficiência.

Portanto, com a aplicação da AED, nos parâmetros desenvolvidos por Richard Posner, o Poder Judiciário, antes de ser um mero reproduzidor de precedentes ou simples voz da lei, deve encontrar um meio termo entre a ação política e a exclusiva aplicabilidade da letra da lei, seguindo, para esse fim, os pressupostos da eficiência e racionalidade econômica, em substituição àquele pressuposto ético de justiça.

Assim, a percepção geral que se chega é que a busca pela eficiência tornou-se o ponto principal, se não único na avaliação do Poder Judiciário. Conforme recomendado pelo Banco Mundial, por meio de seus documentos técnicos, o Judiciário tem se transformado em números que servem de instrumento avaliador e de sopesamento em suas práticas e mudanças previstas. Essa numeralização do Poder Judiciário está em pleno desenvolvimento e é característica marcante do processo de neoliberalização. Isso porque, com números não se avaliam a qualidade das decisões e políticas aplicadas, apenas o *quantum* do trabalho. Claro, está, esse desejo de fuga do mérito das decisões, de distanciamento do Judiciário da realidade desigual que se encontra na sociedade.

O Judiciário, assim, tem se valido de suas armas interpretativas e da constante abertura discricionária, recomendada, inclusive, pelo Documento Técnico 319 do Banco Mundial, para atuar como um defensor da ordem econômica vigente se desprendendo das garantias asseguradas aos cidadãos, para decidir conforme a melhor conveniência com base econômica, seguindo a risca a cartilha neoliberal.

Portanto as ditas “soluções” à crise do Poder Judiciário, longe de serem respostas surgidas da análise das problemáticas e características específicas da sociedade brasileira, têm se caracterizado pela implementação de um discurso econômico no centro das transformações, sob a influência determinantemente da análise

econômica do direito. Com efeito, as premissas transformadoras na reforma são: análise de resultado, racionalidade e eficiência na prestação jurisdicional. É com a implementação destas premissas que se encontra a forte influência da análise econômica do direito nas transformações do sistema de justiça brasileiro.

O caminho é ainda mais tortuoso quando se vê que, as ditas soluções, na realidade não passam de um estratagema para manutenção do *status quo* de um sistema a tanto vigente e que não conhece seus vilões. A partir disso, verifica-se a extrema importância do desenvolvimento de um pensamento filosófico e crítico dentro de um sistema hegemônico e disfarçado. E é esta a maior contribuição que se pretende dar com esta dissertação.

Com todo o exposto, os problemas identificados estão sempre limitados na estrutura e processualística. A discussão mantém-se sempre no âmbito da luta contra a morosidade, na implementação da eficiência e na análise custo/benefício.

O neoliberalismo e a implementação da eficiência no âmbito do sistema jurídico transformam o “direito fim” em “direito meio”. Isto é, transformam o direito em meio para o desenvolvimento do mercado. Sua estratégia, como se viu, é ocultar mostrando. Mostrar o que convém e ocultar o que interessa.

A necessidade final é que o Poder Judiciário, e o próprio Estado Democrático de Direito, perceba e assuma as dificuldades pelas quais passa, tomando providências transparentes com atenção aos disfarces e discursos retóricos. Do contrário, disfarçadamente perderá seu poder e corre o risco de deixar de ser a boca da lei para se tornar a boca do mercado neoliberal, e disfarçadamente, ainda se pensar o poder supremo.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. In Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n. 29. Jul/Dez 2006.

BANCO MUNDIAL. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**. Elementos para a reforma. Trad. Sandro Eduardo Sardá. Documento Técnico n. 319. Washington, D. C. Jun. 1996. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00003439.pdf>. Acesso em: 12/11/2010.

BISTRA, Stefanova Apostolova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2005.

BORGES, Marina Soares Vital. **Judiciário e Política: Crise, Legitimação e Súmula Vinculante**. in MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Direito e Política**. Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>>. Acesso em 17/12/2011.

_____. **MARE Exposição de motivos para Emendas Constitucionais administrativas**. Presidência da República. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília-DF, 1995. Disponível em: <<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/emenda/daementa.pdf>>>. Acesso em: 27/09/2011.

CABANELLAS, Guillermo. **El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos**. In KLUGER, Viviane (Org). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 21-37

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **OS NOVOS MODELOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**. in MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Direito e Política**. Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005

CALABRESI, Guido. *The pointless of Pareto: carrying Coase further*. In: PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles. The Origins of Law and Economics: Essays by the founding Fathers. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça Célere e Eficiente**. Uma questão de governança judicial. São Paulo: LTR, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O Poder Judiciário na virada do século**. Paradigmas de Atuação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998

COSTA, Larissa Maria Lima. **GLOBALIZAÇÃO, SOBERANIA E DIREITO: REFLEXÃO SOBRE DIREITO E POLÍTICA**. in MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Direito e Política**. Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio; STENZER, Joana (Orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Metodo, 2006

FARIA, José Eduardo. **Direito e Conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. (Org.). **Direito e Justiça. A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

_____. **Justiça e Conflito**. Os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. Ed. São Paulo: RT, 1992.

_____. **O modelo liberal de direito e Estado**. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça. A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989

_____. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, 86 p. Disponível em <<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia/monografia03.pdf>>>. Acesso em: 06/09/2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. ***Diritto e Ragione – Teoria del Garantismo Penale***. III Edizione, Bari: Editori Laterza, 1996.

_____. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). ***Neoconstitucionalismo(s)***. Madrid: Trotta, 2003.

FRANZONI, Luigi Alberto. ***Introduzione all'economia del diritto***. Bologna: Il Mulino, 2003.

FRIEDMAN, Milton. **The methodology of positive economics**. In HAUSMAN, Daniel. **The philosophy of Economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular: 2006

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão**. Trad. Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. In SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**. Textos Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325-394.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KOERNER, Andrei. **O Poder Judiciário no sistema político da primeira República**. In: Revista da USP, Dossiê Judiciário, n. 21, mar/mai/94

KLUGER, Viviane (Org). *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário**. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição**. Revista da USP, Dossiê Judiciário, n. 21

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Direito e Política**. Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

MICELI, Sergio (org). **O que ler na ciência social brasileira**. São Paulo: ANPOCS; Ed. Sumaré; CAPES v. IV, 2002.

NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira**. In: Conferência realizada nos seminários

patrocinados pela Presidência da República nos quais os ministros explicaram aos parlamentares dos partidos aliados as emendas constitucionais que pretendiam enviar ao Congresso. ESAF, Brasília, janeiro de 1995. Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1995/98.ReformaAparelhoEstado_Constituicao.pdf>>. Acesso em 27/09/2011

_____. **Administração Pública Burocrática à Gerencial**. In:

Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, volume 120, n.1 jan/abr: 1996. Disponível em:

<<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>>. Acesso em 04/11/2011.

_____. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. **Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995**. In:

Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, Ano 50, n. 4, out.-dez. 1999. Disponível em:

<<http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2691&Itemid=129>>. Acessado em 04/11/2011

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; PACHECO, Regina Silvia.

Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em << <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-BRESSER.pdf>>> Acesso em: 27/09/2011.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 – 1988**. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.).

Direito & Economia Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, 492 p

_____. ***El análisis económico del derecho***. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007 (a), 1120 p.

_____. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 627 p.

_____. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (b), 627 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito transnacional, soberania e o discurso da *law and economics***. In CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 73-96.

_____. **Jurisdição do Real x Controle Penal: Direito & Psicanálise**, via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade**. In STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Constituição, sistemas Sociais e Hermenêutica**. ANUÁRIO do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SADEK, Maria Tereza. **Estudo sobre o Sistema de Justiça**. In: MICELI, Sergio (org.). *O que ler na ciência social brasileira*. São Paulo: ANPOCS; Ed. Sumaré; CAPES v. IV, 2002.

_____. (Org). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes**. Revista USP 21, mar/abr/mai 1994, disponível em: << <http://www.usp.br/revistausp/21/04-sadek.pdf>>>
Acesso em 04/09/2011

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**. Textos Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, 396 p.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça. A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, n.30, 1996. Disponível em: <<<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>>>. Acesso em: 31/08/2011.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica**. In: Revista Jurídica Virtual. vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>> Acesso em 18/10/2011

SILVA, Celso Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumam. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997

ZOLO, Danilo. **Globalização um mapa dos problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia** Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.